Die Verfügungsmacht des Vorerben

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg

vorgelegt von

Leo Rueff

Referendar in Mülhausen (Elsaß).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Referent: Professor v. Tuhr

Dem Andenken meines Bruders
Ernest Rueff
1879—1907

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548024_0084

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Die rechtliche Natur der Beziehungen des Vorerben und des Nacherben zum Nachlaß 1

Zweiter Teil.

Bestimmung des Begriffes „Verfügung" und des Begriffes „Verfügungsmacht" 15

Dritter Teil.

A. Die Verfügungsfreiheit des Vorerben.
I. Allgemeines 18
II. Erweiterungen des Verfügungsrechts des Vorerben.
a) In bezug auf bestimmte aus dem Nachlaß stammende Gegenstände 19
b) Durch das Recht vom Nacherben die Einwilligung zu bestimmten Verfügungen zu verlangen 23
B. Die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben.
Erster Abschnitt: Verfügungsbeschränkungen eines Erben überhaupt . . . 27
Zweiter Abschnitt: Spezielle Beschränkungen des Vorerben.
I. Des gewöhnlichen Vorerben.
a) Auf Gesetz beruhende Beschränkungen.
1. Hinsichtlich des Gegenstandes der Verfügung.
α) Bei Grundstücken und Rechten an solchen nach § 2113 Abs. 1 28
β) Bei Hypotheken, Grund- und Rentenschulden 39
2. Hinsichtlich der Art der Verfügung:
Unentgeltliche Verfügungen 45
b) Auf Verlangen des Nacherben eintretende Beschränkungen.
1. Hinsichtlich der Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere 52
2. Hinsichtlich der Buchforderungen gegen Reichs- oder Bundesstaaten 55
II. Des befreiten Vorerben 55
C. Einzelheiten 57

Vierter Teil.

Der Verlust der Verfügungsmacht.
I. Durch Entziehung der Verwaltung 62
II. Durch den Eintritt der Nacherbfolge 63

Fünfter Teil.

Der Vorerbe im Grundbuchverkehr 65

Literaturverzeichnis.

Achilles u. Strecker, Die Grundbuchordnung. Teil 1. 1901.

Bagel, Zur rechtlichen Stellung der noch nicht erzeugten Deszendenz. In Gruchots Beiträgen Bd. 52 S. 193.

Blankmeister, Die Maßregeln zum Schutze des Nacherben bei Eintragungen im Grundbuch, welche der Vorerbe ohne Erwirkung seiner eigenen Eintragung bewilligt hat. Im Recht 1903 S. 423.

Böhm, Erbrecht. 2. Aufl.

Böhm, Julius, Die Haftung des Vorerben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach Eintritt der Nacherbfolge. Breslauer Diss. 1906. (zit.: Julius Böhm.)

Brachvogel, Der befreite Vorerbe und der Beweis der Negative beim Grundbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 64 ff.

Cohn, Der § 41 GBO. und die Vorerbschaft. In der Juristischen Wochenschrift 1903 S. 364 ff.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. Bd. 2.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs von Jäntsch.

Duchêsne, Das Recht des Nacherben. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 8 S. 535.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 Allgem. Teil 8. Aufl., Bd. 2 8./9. Aufl.

Enneccerus, Kipp u. Wolff, Allgem. Teil.

Enneccerus, Kipp u. Wolff, Sachenrecht. 1./2. Aufl.

Enneccerus, Kipp u. Wolff, Erbrecht.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 8. Aufl.

Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht. Bd. 2. 1908.

Groth, Die Nacherbschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1900.

Güthe, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. Bd. 1 u. 2. 2. Aufl.

Hachenburg, Studien zum Erbrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 1: Die Einsetzung eines Nacherben. 1895.

Hachenburg, Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben zugunsten des Nacherben. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1906.

Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Herold, Die Verfügungen des Vorerben über Grundbuchrechte. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 8 S. 313 ff.

Hermann, Zu den §§ 41 u. 52 GBO. Im Recht 1903 S. 233.

Hothorn, Die Rechtsstellung des befreiten Vorerben. Leipziger Diss. 1911. (zit.: Hothorn.)

Jerôme, Nacherbschaft und Ersatzerbschaft. Erlanger Diss. 1910.

Kretschmar im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1912 S. 1 ff.

Landauer, Prüfungsrecht und Prüfungspflicht des Grundbuchrichters, insbes. bei Grundbuchberichtigungen und Verfügungen des befreiten Vorerben. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit 1911/12 Nr. 10—14.

Mayer, Ludwig, Die rechtliche Stellung des Nacherben. Straßburger Diss. 1910.

Motive. Amtliche Ausgabe.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 1 u. 2. 4. Aufl.
Perrin, Das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jenaer Diss. 1901.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts. 2. Aufl. (zit.: Peiser.)
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. 3. Aufl.
Predari, Die Grundbuchordnung. (zit.: Predari.)
Protokolle zweiter Lesung. Bd. 5.
Salinger, Die Nacherbfolge nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 138 ff.
Sohm, Der Gegenstand. 1905.
Standinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 5. 5./6. Aufl.
Strohal, Erbrecht. 2. Aufl.
Thiesing, Einige Bemerkungen über das Rechtsverhältnis zwischen Vorerben und Nacherben. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 94 S. 229 ff.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Wendig, Verfügungsrecht des Nacherben über seine Rechte vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge. In der Zeitschrift des Notarvereins 1906 S. 377 ff. (zit.: Wendig.)
Weber, Die befreiten Vorerben im Freiheitskampfe gegen Kammergericht und Reichsgericht. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1906 S. 601 ff.
Weber, Die Verfügungsbeschränkungen und ihre Wirkungen im Grundbuchverkehr. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1907 S. 241 ff.
Weber, Der Freiheit Morgenrot. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1907 S. 482.

Erster Teil.

Die rechtliche Natur der Beziehungen des Vorerben und des Nacherben zum Nachlaß.

Für die wissenschaftliche Behandlung unseres Themas, insbesondere aber für die Beantwortung verschiedener Kontroversen, die sich in der Literatur über Einzelfragen unserer Aufgabe finden, ist es von Wichtigkeit, die Stellung des Vorerben und des Nacherben zum Nachlaß rechtlich zu charakterisieren.

Die Einsetzung eines Nacherben kann vom Erblasser aus verschiedenen Motiven erfolgen. Er kann damit unter anderm sowohl das Beste des durch die Nacherbschaft beschwerten Vorerben selbst bezwecken (so im Fall des § 2338), als auch verhindern wollen, daß sein Vermögen einmal an ihm gleichgültige Personen falle. In gewissen Fällen denkt er überhaupt nicht an den zur Vorerbschaft Berufenen, und nur auf Grund zwingender Gesetzesvorschrift ereignet es sich, daß der Nachlaß zunächst eine Durchgangsstation passieren muß, um an den Ort seiner Bestimmung zu gelangen. Die Literatur spricht in solchen Fällen von „konstruktiver Nacherbfolge" im Gegensatz zur „gewollten Nacherbfolge". Das Gesetz hat jedoch ein einheitliches Institut für beide Fälle geschaffen. Der 1. Entwurf, der noch hauptsächlich den Fall berücksichtigte, wo die Vorerbschaft sozusagen ein notwendiges Übel bildet, behandelte den Vorerben analog dem Nießbraucher an einem Vermögen. Prinzip war Ausschluß der Verfügungsmacht. Der 2. Entwurf gab diesen Standpunkt auf. Er läßt sowohl den Vorerben als den Nacherben auf seine Rechnung kommen. Eine gewisse Freiheit für den ersten, ein gewisser Schutz den Interessen des letzteren.

Frage ist, wieweit die Berücksichtigung der Interessen des Nacherben die rechtliche Behandlung des Vorerben beeinflußt hat? Ob seine Erbenqualität unangetastet geblieben ist, d. h. ob er noch als Erbe angesprochen werden kann, oder ob das juristische Gebilde einen anderen Begriff beansprucht? Frage ist ferner, ob

die Berücksichtigung der Interessen des Nacherben bis zur Einräumung von Rechten an den Nachlaßgegenständen gediehen ist, oder ob das Verhältnis des Nacherben zu den Nachlaßgegenständen während der Vorerbschaft ein loseres ist?

Wenn wir einen Komplex von unter sich zusammenhängenden rechtlichen Erscheinungen unter einen Begriff fassen wollen, so müssen wir all diejenigen als unwesentlich für die Eigenart der in Frage kommenden juristischen Form außer Betracht lassen, welche je nach Belieben der bestimmenden Rechtssubjekte aus dem Komplex ausgeschaltet werden können. So dürfen wir uns z. B. bei der Begriffsbestimmung des Wechsels nicht auf die Valutaklausel oder die Avisklausel usw. stützen. Von diesem Standpunkte aus müßten wir bei der juristischen Charakterisierung der Beziehungen des Vorerben zum Nachlaß diejenigen Vorschriften unberücksichtigt lassen, deren Anwendung der Erblasser ausschließen kann. Doch ist dieser Schluß erst dann zutreffend, wenn wir festgestellt haben, daß in Wirklichkeit die verschiedenen Ausgestaltungen bei der Einsetzung eines Nacherben unter einen Begriff fallen. Diese Prämisse muß demnach zunächst untersucht werden, d. h. also die Frage: Ist die befreite Vorerbschaft ihrem Wesen nach verschieden von der gewöhnlichen Vorerbschaft?

Doch bevor ich an die Beantwortung dieser Frage gehe, will ich eine weitere Schlußfolgerung aus dem eingangs ausgesprochenen Grundsatz ziehen. Der daselbst ausgesprochene Gedanke lautet in einfacherer Form: Eine Begriffsdefinition muß so gefaßt sein, daß sie auf alle Fälle paßt. Dieses Prinzip scheint mir in der Literatur überall da übersehen worden zu sein, wo man die Nacherbenstellung bald als ein aufschiebend bedingtes Recht, bald gar als ein dingliches Recht[1]) an den Nachlaßgegenständen oder auch nur als eine Anwartschaft[2]) definiert. Alle diese Erklärungen passen nämlich nur für den Fall, daß der Nacherbe bereits beim Erbfall existiert oder zum mindesten bereits erzeugt ist. Es gibt aber Fälle, in denen der zum Nacherben Eingesetzte beim Tode des Erblassers noch nicht lebt, auch noch nicht zu leben braucht. Hier kann man doch unmöglich von einem Recht oder einer Anwartschaft reden, da beide einen Rechtsträger voraussetzen. Oder soll hier das Gesetz kraft seiner Machtvollkommenheit Rechte geschaffen haben, die einem noch nicht existierenden Wesen zustehen? Diese Ansicht ist auch in der Literatur vertreten. Bagel (bei Gruchot Bd. 52 S. 203 ff.)

---

[1]) So Thiesing im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 262.
[2]) So Planck, v. Thur, Allg. Teil § 91 V.

nimmt an, daß das Gesetz diesem ungewissen Wesen eine beschränkte Rechtsfähigkeit zuteilt.[1]) Dies ist doch immerhin eine gewagte Behauptung. Eher ließe sich noch von einem schwebenden Rechte reden, in dem Sinne wie Enneccerus[2]) dieselben versteht. Er meint, es gibt Rechte, die das Gesetz schon entstehen läßt, obwohl ein Erfordernis der Rechtsentstehung noch aussteht. Tritt dieses Erfordernis ein, so werde klar, daß das Recht schon früher entstanden war. Aber dazu bedarf es m. E. einer ausdrücklichen positiven Anordnung. Auch die Möglichkeit, daß ein Pfleger ernannt wird, heilt nicht den Fehler, der in den oben genannten Auffassungen steckt. Zugegeben sogar die Richtigkeit der Theorie der Realpflegschaft, wonach die vom Pfleger wahrzunehmenden Rechte ihn selbst zum Subjekt haben, so bleibt doch die Frage offen, wem die Rechte des Nacherben bis zur Ernennung eines Pflegers zustehen? Eine Vorschrift, die rückwirkend die Rechte des Nacherben dem eventuellen Pfleger schon im Momente des Erbfalls überträgt, existiert nicht.

Man könnte nun einwenden, solange der Nacherbe noch nicht erzeugt und ein Pfleger noch nicht ernannt ist, existiert auch im Sinne der oben erwähnten Theorien kein Recht bezw. rechtsähnliches Gebilde, es entstehe erst mit der Geburt bezw. Zeugung des Nacherben. Diese Unterscheidung findet sich bei einzelnen Autoren. Dernburg (Bd. 5 S. 164) gibt zu, daß in diesem Falle der Nacherbe ein Recht in subjektivem Sinne noch nicht haben kann, da aber trotzdem eine Reihe von Beschränkungen beim Vorerben gegeben sind, erklärt er sie als Vorwirkungen der künftigen Anwartschaft. Er ist also gezwungen, eine Hilfskonstruktion einzuschieben, was aber doch bei einer richtigen Definition vermieden werden sollte. Andere Schriftsteller (z. B. Hachenburg, Einsetzung eines Nacherben S. 40) könnten auch eine solche Krücke nicht verwenden, da sie z. B. die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben bei Grundstücken einem Anfallsrecht des Nacherben zuschreiben.

Es würde jetzt unsere Aufgabe sein, an die Stelle dessen, was wir in obigen Ausführungen verneint haben, eine einheitliche juristische Definition zu setzen. Daß dieselbe nicht ein Recht zum Inhalt haben kann, ist nunmehr klar. Diese Feststellung bringt uns aber auch dazu, die Rechtsstellung des Vorerben unabhängig von einem rechtlichen Einfluß der Nacherbenposition zu erklären zu suchen. Denn wenn dem Nacherben kein „Recht"

[1]) Auch das RG. (in JurW. 1907 S. 240, zit. nach Bagel) schreibt den noch nicht erzeugten Nachkommen einer Person für den Fall eine fingierte Rechtspersönlichkeit zu, daß sie zu Nacherben eingesetzt sind.

[2]) Enneccerus, Kipp u. Wolff, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 185.

zusteht, so kann es auch nicht die Wirkung eines solchen sein, daß die juristische Behandlung des Vorerben eine andere ist als die eines freien Erben. (Rechtspolitisch betrachtet ist es freilich nur aus Rücksicht auf den Nacherben geschehen, daß dem Vorerben die verschiedenen Einschränkungen auferlegt sind.) Mit anderen Worten, die rechtliche Natur des Vorerbenrechts muß sich aus sich selbst heraus ergeben, sie kann nicht als juristisches Reflex der Nacherbenstellung erscheinen. Wenn diese Ableitung möglich ist, so haben wir einen Beweis zugunsten unserer Behauptung, daß die Rechtslage des Nacherben einheitlich erfaßt werden kann und auch erfaßt werden muß. Deshalb soll hier zuerst die Rechtsstellung des Vorerben festgelegt werden, und zwar beginnen wir mit der offen gelassenen Frage, ob die befreite Vorerbschaft dem Vorerben eine ihrem Wesen nach verschiedene Rechtsstellung schafft als die gewöhnliche Vorerbschaft.

Bei beiden, bei der gewöhnlichen wie bei der befreiten Einsetzung eines Nacherben finden wir die Erscheinung, daß vom Erblasser dermaßen zwei Erben eingesetzt sind, daß die Erbenstellung des ersten durch die Einsetzung des zweiten zeitlich begrenzt ist (§ 2100 BGB.). Der Nacherbe bei der befreiten sowohl als auch bei der gewöhnlichen Vorerbschaft soll in einem bestimmten Zeitpunkt (bezw. bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses) ipso jure ausschließlicher Herr der Erbschaft werden (§ 2139 BGB.). Dieses zukünftige Erbewerden ist bei der gewöhnlichen und bei der befreiten Vorerbschaft durch eine Reihe von Kautelen gesichert. Der Unterschied bei beiden betrifft m. E. die Stärke dieser Kautelen. Der Unterschied kann zwar praktisch so schwere Folgen nach sich ziehen, daß der Nacherbe in dem einen Fall (bei der befreiten Vorerbschaft) das ganze zur Nacherbschaft gehörige Vermögen verliert, während er es sonst hätte retten können, z. B. in dem Falle, daß der befreite Vorerbe mit dem Nachlaß schlecht wirtschaftet und persönlich vermögenslos ist. Aber immerhin bleibt der Unterschied bloß in bezug auf die Intensität der Sicherungsmittel. Von vornherein scheint es zwar ein Artunterschied zu sein, wenn bei der gewöhnlichen Vorerbschaft der Vorerbe einer Beschränkung in der Verfügung über Grundstücke und Rechte an solchen unterliegt (§§ 2113 Satz 1 und 2114), während er bei der befreiten Vorerbschaft ungehindert ist. Und wirklich verändert sich denn auch die Befugnis des Vorerben in bezug auf diese Bestandteile des Nachlasses. Aber die Natur seiner Berechtigung bleibt dieselbe, wie später gezeigt werden soll. Von dem dominierenden Gesichtspunkte aus, wonach diese Einschränkungen hinsichtlich der Grundstücke ein Sicherungsmittel des Nacherben bilden ebenso wie das Verbot der unentgeltlichen

Verfügungen insbesondere zusammen mit dem bei der befreiten Vorerbschaft einschneidenden Verbot der böswilligen Benachteiligung des Nacherben (§ 2138), zeigt sich die Bedeutung jener erst erwähnten Einschränkung als eine Steigerung (also ein Gradunterschied) im Ausdruck ein und desselben Gedankens. Wäre dies nicht richtig, so käme man zu dem Resultate, für jeden Fall der befreiten Vorerbschaft eine eigene Charakteristik der Rechte des Vorerben am Nachlaß aufstellen zu müssen, je nachdem der Erblasser die eine oder die andere Befreiung nicht angeordnet hat.

Betrachten wir nun die einzelnen Bestimmungen, die der Disposition des Erblassers unterstehen, so sind dies

1. §§ 2113 Abs. 1 und 2114, die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben in bezug auf die Grundstücke und Rechte an solchen, insbesondere Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden enthalten;

2. die §§ 2116—2118, welche dem Vorerben vorschreiben, auf Verlangen des Nacherben ein bestimmtes Verhalten in bezug auf die zur Vorerbschaft gehörigen Inhaberpapiere, Orderpapiere mit Blankoindossament und Buchforderungen gegen Reich oder Bundesstaaten einzuhalten;

3. die Anordnung, daß der Vorerbe Geld mündelsicher anzulegen hat (§ 2119);

4. die Anordnung, daß der Nacherbe die Aufstellung eines bestimmten Wirtschaftsplanes für die Ausbeutung gewisser Objekte verlangen kann (§ 2123);

5. die Verpflichtung des Vorerben zur Auskunftserteilung nach § 2127, zur Sicherheitsleistung nach § 2128 Abs. 1 und das Recht des Nacherben, Herausgabe der Erbschaft an einen Verwalter zu verlangen (§ 2128 Abs. 2);

6. die Verpflichtung des Vorerben zur ordnungsmäßigen Verwaltung, bezw. seine Haftung für culpa in concreto (§§ 2130 und 2131), zur Rechenschaftsablegung (§ 2130 Abs. 2);

7. der § 2133, welcher den Vorerben zur Vergütung derjenigen Früchte verpflichtet, die er ordnungswidrig oder im Übermaß gezogen hat;

8. die Verpflichtung, den Wert der Gegenstände zu ersetzen, welche der Vorerbe für sich verwendet hat (§ 2134).

Diese Bestimmungen können nach unserer Ansicht unberücksichtigt bleiben, wenn wir das Wesen des Vorerbenrechts erfassen wollen. Wir haben damit allerdings die Tatsache vor uns, daß wir unserer rechtlichen Subsumierung den Fall zugrunde legen, den der Gesetzgeber als den anormalen gedacht hat. Denn diejenigen Bestimmungen, welche jus cogens sind, sind gerade die, aus welchen sich das Bild der befreiten Vorerbschaft zusammensetzt. Das darf aber nicht befremden, denn in Wirklichkeit bildet

diese Art der Vorerbschaft den Regelfall, andererseits enthält sie das Mindestmaß derjenigen Abweichungen, welche nach dem Willen des Gesetzgebers den Vorerben von einem freien Erben unterscheiden müssen. Sie ist sozusagen die Nacherbschaft auf ihre einfachste Form gebracht.

Welches ist nun der Inhalt dieser Form: Teilen wir die den Vorerben betreffenden Bestimmungen in solche ein, welche dingliche Wirkungen, und solche, welche obligatorische Wirkungen auslösen, so ergeben sich in der ersten Gruppe: das Verbot für den Vorerben, aus dem Nachlaß unentgeltliche Verfügungen zu machen, einerseits und andererseits das Verbot an die Eigengläubiger des Vorerben, sich im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Nachlaß zu befriedigen. Zu dieser Gruppe rechne ich auch die Vorschrift, kraft deren der Nacherbe mit Eintritt der Nacherbfolge Eigentümer bezw. Gläubiger der sonstigen zum Nachlaß gehörenden, noch vorhandenen Rechte wird. Desgleichen die Anordnung des § 2143, wonach die durch Konfusion bezw. Konsolidation erloschenen Rechte wiederaufleben. Da § 2136 den § 2111 nicht erwähnt, so kann der Erblasser wahrscheinlich auch von dieser Bestimmung keine Befreiung anordnen, es sei denn durch Anordnung einer Auflage oder eines Vermächtnisses, welche aber immer nur obligatorische Wirkungen hätten. Demnach gehört auch das dingliche Surrogationsprinzip hierher.

Als obligatorische Pflichten kommen in Betracht: Der Vorerbe ist verpflichtet, dem Nacherben auf Verlangen ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Sachen und Rechte mitzuteilen (§ 2121). — Beiläufig sei gesagt, daß im Gegensatz zur Inventarerrichtung des Erben das Gesetz zugunsten dieses Verzeichnisses keinerlei Beweisvermutungen aufstellt. — Zur Ergänzung dieses Verzeichnisses kann der Nacherbe verlangen, daß der Zustand der zur Erbschaft gehörigen Sachen durch Sachverständige festgestellt wird (§ 2122). Diese Feststellung muß der Nacherbe im Gegensatz zur obengenannten Verpflichtung mehrere Male dulden, solange ein solches Verlangen nicht als Schikane erscheint.[1]) Hier sei gleichzeitig erwähnt, daß das Gesetz dem Vorerben die gleiche Befugnis einräumt.

Die bis jetzt genannten Vorschriften sind mehr formaler Natur und dienen zur Orientierung des Nacherben, insbesondere als Grundlage für eventuelle Ansprüche bei der Beendigung der Vorerbschaft. In diesem Zeitpunkt entstehen neue Rechte sowohl des Vorerben als auch des Nacherben. Der Vorerbe hat Anspruch auf Ersatz von bestimmten Verwendungen (§ 2124 verbunden mit

[1]) RGRäte Komm. zu § 2122.

§ 2138 Abs. 1 Satz 2). Andererseits ist hervorzuheben das Recht des Nacherben, Schadensersatz zu verlangen, wenn der Vorerbe die Erbschaft in der Absicht vermindert hat, den Nacherben zu benachteiligen (§ 2138 Abs. 2), und seine Schadensersatzpflicht im Falle unentgeltlicher Verfügungen. Zu diesen Bestimmungen treten noch einige Vorschriften, die sozusagen das Gerippe des Instituts der Nacherbschaft bilden. Es sind dies zunächst die schon einmal erwähnten §§ 2100 u. 2139, wovon der erste erklärt, was Vorerbschaft ist und letzterer das Prinzip der Gesamtnachfolge aufstellt. Weiter ist § 2112 hier zu nennen, der den Grundsatz der Verfügungsfreiheit des Vorerben aufstellt und § 2145, der die Haftung des Vorerben nach Eintritt des Nacherbfalls regelt. Alle sonstigen Bestimmungen, die Titel 3 des 3. Abschnitts des 5. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthält, betreffen die zur Lösung stehende Frage nicht.

Die Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuch (S. 302) sagt: „Da der Vorerbe zunächst Erbe ist, so kommt ihm bis zum Eintritt der Nacherbfolge grundsätzlich die Stellung zu, die er haben würde, wenn die Nacherbfolge nicht angeordnet wäre." Was bedeutet „Erbe sein"? Erbe ist der Gesamtnachfolger in das Vermögen oder einen Bruchteil des Vermögens eines Verstorbenen. Der Erbe wird mit dem Erbfall (Tod des Erblassers) Eigentümer der zur Erbschaft gehörenden Sachen und Gläubiger der zur Erbschaft gehörenden Rechte, kurz Subjekt aller vererblichen vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers. Er wird mit dem Erbfall auch Schuldner der Forderungen, welche gegen den Erblasser bestanden hatten und derjenigen, welche ihre Entstehung an den Erbfall knüpfen. Da der Erbe Inhaber der zum Nachlaß gehörenden Gegenstände ist, so hat er auch die aus seiner Berechtigung sich ergebenden Befugnisse, insbesondere das Nutzungsrecht und die Verfügungsbefugnis, soweit ihm letztere nicht durch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers oder durch die im Interesse der Nachlaßgläubiger eröffnete Nachlaßverwaltung oder den Nachlaßkonkurs entzogen ist.

Alle diese Merkmale treffen auch beim Vorerben zu. Das Gesetz sagt von ihm, daß er Erbe ist (§ 2100) und daß es damit nicht einen bloßen Namen ausgesprochen hat, ergibt sich unter anderem daraus, daß es es nicht für nötig befunden hat, die Haftung des Vorerben für die Nachlaßverbindlichkeiten besonders auszusprechen: weil er eben Erbe ist, haftet er auch. Da, wo es noch besondere Bestimmungen aufgestellt hat, die sich eigentlich aus seiner Erbeneigenschaft von selbst ergeben sollten, finden wir eine Übereinstimmung mit den beim gewöhnlichen Erben geltenden Grundsätzen: Der Vorerbe kann über die zur Erbschaft ge-

hörenden Gegenstände verfügen[1]) (§ 2112 Halbsatz 1). Es tritt eine Konfusion ein für die Forderungen, die der Erblasser gegen den Erben hatte. Daß diese nicht definitiv ist, widerspricht seiner Erbenqualität nicht, da dasselbe beim gewöhnlichen Erben für den Fall einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses gilt (§ 1976). Überhaupt bleibt auch beim gewöhnlichen Erben die Erbschaft unter gewissen Voraussetzungen „Sondervermögen", d. h. „Vermögensinbegriff", der in gewissen Beziehungen als ein Ganzes und von dem übrigen Vermögen verschieden behandelt wird".[2]) Diese Besonderheit ist nun gerade bei der Vorerbschaft am stärksten ausgeprägt. Sie tritt, anders wie bei der gewöhnlichen Erbschaft, nicht nur unter gewissen Voraussetzungen ein, sondern sie besteht von vornherein und so lange, als noch der Eintritt der Nacherbfolge zu erwarten ist. Dem Vorerben ist der Nachlaß mit der Bestimmung anvertraut, ihn möglichst intakt dem Nacherben zu übermitteln. Daher das Surrogationsprinzip, das sogar so weit ausgedehnt ist, daß es ohne Rücksicht auf die rechtsgeschäftliche Absicht des Vorerben eingreift. Daher das Verbot der unentgeltlichen Verfügungen, da dabei kein Äquivalent dem Nachlaß zugeführt würde. Daher die Schadensersatzpflicht bei absichtlicher Beeinträchtigung des Erbschaftsbestandes. Daher aber auch das Recht des Nacherben, bei der endgültigen Absonderung der beiden in seiner Person vereinigten Vermögen einen Ausgleich herbeizuführen und Ersatz der Verwendungen zu verlangen, die er auf Kosten seines eigenen Vermögens zugunsten dieses Sondervermögens gemacht hat (vgl. die ähnlichen Bestimmungen für den Fall der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses im § 1978 Abs. 3).

Der Vorerbe unterscheidet sich also von dem gewöhnlichen Erben in den bis jetzt besprochenen Beziehungen nicht prinzipiell. Bei beiden ist der Nachlaß an sich etwas Verschiedenes vom sonstigen Vermögen des Erben, nur daß dies beim Vorerben stärker durchgeführt ist. Was den Vorerben aber wesentlich von dem gewöhnlichen Erben unterscheidet, ist, daß er in dem Momente, wo eine Auseinandersetzung zwischen den beiden Vermögen eintritt, die Herrschaft über das Vermögen verliert, während dem gewöhnlichen Erben bloß Verwaltung und Verfügung entzogen wird und er selbst Subjekt der Rechte bleibt. Der Vorerbe hört mit dem Eintritt der Nacherbschaft, wie schon einmal gesagt, ipso jure auf, Eigentümer der Nachlaßsachen und Gläubiger der Nach-

---

[1]) Daß Halbsatz 2 des § 2112 nicht die Verfügungsbefugnis des Vorerben über die ihm zustehenden Rechte betrifft, soll weiter unten gezeigt werden.

[2]) Enneccerus Bd. 2 S. 323.

laßrechte zu sein,[1]) er hört prinzipiell auch auf, Schuldner der Nachlaßverbindlichkeiten zu sein.[2]) — Die Ausnahmen, die der § 2145 macht, beziehen sich zum Teil auf solche Verbindlichkeiten, welche auf den dem Vorerben gebührenden Nutzungen der Erbschaft ruhen oder aus den Nutzungen zu decken sind, zum Teil sind es Verbindlichkeiten, welche die Person des Vorerben allein treffen[3]) (z. B. Vermächtnisse und Auflagen). Die generell angeordnete Haftung subsidiär neben dem Nacherben beschränkt sich auf dasjenige, was dem Vorerben aus der Erbschaft „gebührt" (also was eigentlich zum Nachlaß gehört), es sei denn, daß die Nachlaßverbindlichkeiten durch inkorrektes Verhalten des Vorerben zu seinen Eigenverbindlichkeiten geworden sind. Diese Ausnahmen erklären sich, ohne daß man eine Fortdauer der Erbenqualität des Vorerben annimmt.

Der Vorerbe hört demnach mit dem Eintritt der Nacherbschaft auf, Erbe zu sein. Das Recht des Vorerben an der Hinterlassenschaft des Erblassers, sein Erbrecht im subjektiven Sinne, endigt. Das vorhandene Vermögen geht auf den Nacherben über und zwar ist derselbe nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern er leitet seinen Erwerb vom Erblasser ab.[4]) Der Nachlaß wird also so behandelt, wie wenn jetzt erst der Erbfall eingetreten wäre, d. h. der Rechtszustand der zur Zeit des Todes des Erblassers bestanden hatte, tritt wieder ein (damit soll nicht etwa gesagt sein, daß die Zwischenzeit so behandelt wird, als ob sie nicht dagewesen wäre; es soll keine Rückwirkung eintreten). Wir haben demnach ein auflösend bedingtes Erbrecht vor uns.[5]) [6]) Da das „Erbrecht" die Sammelbezeichnung für die einzelnen Rechtsbeziehungen ist, die in Ansehung der Nachlaßgegenstände bestehen,[7]) so liegt der Schluß nahe: Die auflösende Bedingung erfaßt durch das Vermögensganze hindurch die einzelnen Bestandteile und zwar meiner Ansicht nach alle Bestandteile.

Die Motive (Bd. 5 S. 115) lassen die Frage offen. Hachenburg bejaht diesen Schluß für Grundstücke und Rechte an solchen,[8])

---

[1]) vgl. auch § 231 KO., der überflüssig wäre, wenn Vorerbe nach Eintritt der Nacherbfolge Erbe bliebe.

[2]) Julius Böhm S. 21 und die daselbst zitierten Autoren.

[3]) Derselbe S. 28.

[4]) Dies kann heute als die herrschende Ansicht angesehen werden gegen Hellwig, der den Nacherben als Gesamtnachfolger des Vorerben ansieht.

[5]) Dem auflösend bedingten Recht steht das Recht gleich, das durch einen Endtermin begrenzt ist.

[6]) vgl. dazu Planck Bd. 5 S. 271: „den theoretischen Ausgangspunkt, auf den in Ermangelung besonderer Vorschriften zurückzugehen ist, bildet das auflösend bedingte bezw. das durch einen Endtermin zeitlich begrenzte Recht".

[7]) Nach Hothorn S 21.

[8]) Hachenburg, Einsetzung eines Nacherben Bd. 2 S. 27.

verneint dies jedoch für die sonstigen Gegenstände.[1]) Meiner Ansicht nach hat der Vorerbe an den zur Erbschaft gehörenden Sachen ein auflösend bedingtes bezw. befristetes Eigentum, er ist Berechtigter der zum Nachlaß gehörenden Rechte an fremder Sache unter derselben auflösenden Bedingung bezw. Befristung und in gleicher Weise Gläubiger der zum Nachlaß gehörenden Forderungen. Aber wie läßt sich damit vereinen, daß er beinahe über alle diese Gegenstände verfügen kann wie ein Vollberechtigter?

Wenn der Vorerbe verfügt, so muß man zwei Funktionen dabei unterscheiden: zum ersten verfügt er über ein ihm zustehendes Recht, nämlich über das Recht, das zeitlich begrenzt ist durch Erbfall einerseits und Eintritt der Nacherbfolge andererseits; sodann verfügt er über ein mit Eintritt dieses Zeitpunktes ihm nicht mehr zustehendes, also fremdes Recht, aber kraft einer ihm zustehenden Verfügungsbefugnis und in eigenem Namen.[2]) Obwohl der Vorerbe aber in doppelter Eigenschaft handelt, so liegt doch ein einheitlicher Verfügungswille vor. Er will den Verfügungsgegenstand in seiner ganzen Rechtslage d. h. endgültig übertragen bezw. aufheben usw. Selbst wenn die erwartete Nacherbfolge, sei es wegen Ausschlagung, sei es wegen Erbunwürdigkeit des Nacherben, nicht eintritt, bleibt die Verfügung wirksam. Man könnte einwenden, der Vorerbe glaubte doch zum Teil (d. h. für die Zeit nach der Nacherbfolge) ein negotium alienum zu führen. Dieses Bedenken erledigt sich jedoch aus meiner Definition, laut deren er zum ersten über das zwischen Erbfall und Eintritt der Nacherbfolge liegende Recht verfügen will, also hier über das Recht überhaupt, da eine zeitliche Grenze nicht eintritt.

Diese Verfügungsbefugnis über das ihm nicht mehr zustehende Recht hat der Vorerbe aber nicht in allen Fällen. Er hat sie nicht bei unentgeltlichen Verfügungen. Die Unwirksamkeit einer solchen Verfügung äußert sich daher so, daß während der Dauer der Berechtigung des Vorerben die Verfügung ihre Gültigkeit behält, das Recht des Nacherben aber von der Verfügung unberührt bleibt. Doch im Interesse des Verkehrs greift auch hier der Schutz des guten Glaubens ein. Nach meiner Auslegung hätte sich dies auch ohne besondere Vorschrift ergeben, da ich den Vorerben in bezug auf die nach der Nacherbfolge liegenden Rechte als Nichtberechtigten ansehe. (Das Nähere über die unentgeltliche Verfügung und die Art ihrer Unwirksamkeit findet sich im zweiten Teil der Arbeit.)

---

[1]) Hachenburg a. a. O. S. 43, insbes. S. 59, 60.

[2]) vgl. hiermit Cohn in JurW. 1903 S. 365, der aber bloß von Verfügungen über Grundstücke spricht.

Mit meiner Auffassung ist auch § 2115 vereinbar. Nach der herrschenden Ansicht fallen unter das Verbot bloß die Zwangsvollstreckungshandlungen wegen Geldforderungen gegen den Vorerben, während Ansprüche auf Leistung eines in dem Nachlaß befindlichen Gegenstandes unbeschränkt erzwingbar sind. Im letzteren Fall liegt die Sache so, wie wenn der Vorerbe selbst verfügen würde und so gut das rechtskräftige Urteil die Willenserklärung, die zur Verfügung über ein eigenes Recht erforderlich ist, ersetzt, ebensogut wird die zur Verfügung über ein fremdes Recht erforderliche Erklärung[1]) ersetzt. Bei dem ersten Fall ist es die Staatsgewalt selbst, welche die Rechte an den Nachlaßgegenständen begründet, und sie kann nicht mehr verschaffen, als dem Vollstreckungsschuldner zusteht. Die Verfügungsbefugnis des Vorerben ist nicht pfändbar, da sie persönenrechtlicher Natur ist und nur zugunsten des Vorerben besteht. Dementsprechend können solche Gläubiger Zwangsvollstreckungshandlungen so weit vornehmen, als sie sich bloß auf das dem Vorerben zustehende Recht beziehen. Sie können die Gegenstände pfänden oder auf ein Nachlaßgrundstück eine Zwangshypothek eintragen lassen, aber solange noch nicht feststeht, daß die Nacherbschaft ausfällt, keine Veräußerung oder Überweisung verlangen.

Anders die Nachlaßgläubiger, da sich ihr Anspruch nicht sowohl gegen die Person des Vorerben, sondern gegen ihn als den zeitigen Herrn des Nachlasses richtet, stützen sich ihre Vollstreckungshandlungen auch nicht auf das Recht des Vorerben, sondern sind unabhängig von ihm, unterliegen daher auch nicht den Nachteilen aus seiner Beschränkung. Ein ähnlicher Gedanke liegt der Bestimmung zugrunde, daß auch solche Vollstreckungsgläubiger unbeschränkt vorgehen können, welche ein Recht, das gegen den Nacherben wirkt, geltend machen. Diese Gläubiger (es wird sich wohl nur um dingliche Berechtigungen handeln) haben ihr Recht entweder auf Grund einer Verfügung erlangt, welche die Berechtigung nach Eintritt der Nacherbfolge mit umfaßte, oder auf Grund einer Verfügung des Erblassers selbst, die ebenfalls ein Recht über die Berechtigung des Vorerben hinaus begründete. Die Grundlage ihrer Vollstreckung beruht also nicht auf einem Recht, das mit der Vorerbschaft als solcher verknüpft ist.

Das Resultat der bisherigen Untersuchungen ist demnach: Der Vorerbe ist Erbe. Sein Erbrecht ist bedingt, und diese Bedingung ergreift alle Erbschaftsgegenstände. Seine Verfügungen, die über die

[1]) Hier mag erwähnt werden, daß in einem solchen Prozeß der Vorerbe ausschließlich Partei ist, der Vorerbe tritt nicht etwa zum Teil als Vertreter auf, denn er nimmt ja die Verfügung über das fremde Recht im eigenen Namen vor und Partei ist, wer ein Recht im eigenen Namen geltend macht.

Vorerbschaft hinaus wirksam sind, stützen sich auf eine ihm kraft eigenen Rechts zustehende Verfügungsgbefugnis. Aus der bedingten Erbenstellung ergibt sich, daß die Eigenschaft des Nachlasses als Sondervermögen während der ganzen Dauer der Vorerbschaft bestehen bleibt, was vom Gesetz noch durch einige Anordnungen hervorgehoben wird, die sonst bloß auf in fremder Verwaltung stehende Vermögensbegriffe Anwendung finden — es wird sich im zweiten Teil unserer Arbeit zeigen, daß die festgestellte juristische Natur des Vorerbenrechts auch den Bestimmungen zugrunde liegt, die wir, weil dispositiv, aus dem Rahmen unserer Untersuchung weggelassen haben.

Es wäre nun sehr naheliegend, als Gegenstück des auflösend bedingten Rechts des Vorerben ein aufschiebend bedingtes Recht des Nacherben anzunehmen.[1]) Aber nach unserer früher angestellten Erörterung kann ein solches mangels Subjekts nicht in jedem Falle bestehen und muß sich daher die Rechtslage des Nacherben anders erklären lassen. Zwischen subjektivem Recht und Nichtrecht konstruiert Kohler die von ihm genannten „Rechtslagen". Er versteht darunter eine Beziehung eines Rechtssubjekts zu den Lebensgütern, welche von Bedeutung sein kann für die Entstehung und Entwicklung subjektiver Rechte.[2]) Als eine solche Rechtslage bezeichnet Jerôme[3]) die Rechtsstellung des Nacherben. Da aber für den Begriff der Rechtslage die Beziehung zu einem Subjekt wesentlich ist, läßt sich m. E. diese Auffassung hier nicht verwerten. Das was bei der Nacherbschaft vorliegt, ist bloß **zukünftiges** Recht und zwar ein zukünftiges Erbrecht d. h. ein Recht auf den Anfall der Erbschaft, und damit auch ein zukünftiges Eigentumsrecht bezw. Gläubigerrecht an den einzelnen Nachlaßgegenständen. Ein zukünftiges Recht ist noch kein Recht, setzt also noch keinen Träger voraus, kann aber andererseits für den Fall, daß es sich an eine existente Person knüpft, bestimmte Rechtswirkungen haben. Damit berühren wir uns mit der Ansicht du Chesnes,[4]) der den Nacherben einen heres nasciturus nennt, er könne auf Grund fortwirkender letztwilliger Anordnung künftig möglicherweise einmal Subjekt des Vermögens werden. Zwischen dem künftigen Träger und dem Nachlasse beständen Rechtsbeziehungen überhaupt noch nicht. Die ihm gewährten Sicherungsmittel seien nur der vorausfallende Schatten der künf-

---

[1]) So auch Staudinger Anm. 5 zu § 2100.
[2]) Lehrb. d. BGB. Bd. 1 §§ 49 ff.; Dernburg Bd. 5 S. 355.
[3]) Nacherbschaft und Ersatzerbschaft, Diss. Erlangen 1910.
[4]) Das Recht des Nacherben, in ZBlFG. Bd. 8 S. 536 ff.

rigen Rechtsstellung. Es ist klar, daß mit Begriffen, wie der letztzitierte Satz sie enthält, juristisch nicht viel gewonnen ist. Es bedarf vielmehr immer noch der Erklärung, wie die zugunsten des Nacherben bestehenden Sicherungsmittel in die Rechtsstellung hineinpassen, die ihm nach unserer Ansicht zukommt. Es handelt sich aber hier nur noch um diejenigen, deren Geltendmachung im Belieben des Nacherben steht. Für die übrigen (Verfügungsbeschränkungen, Verbot des Zugriffs der Nacherbblaßgläubiger usw.) haben wir nachgewiesen, daß sie sich aus der Natur des Vorerbenrechts heraus erklären.

Lassen sich nun Rechte, wie z. B. Anspruch auf Sicherheitsleistung denken, wenn der zu Schützende bloß ein zukünftiges Recht hat. M. E. gibt es auch sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch Bestimmungen, die den Schutz zukünftiger Rechte bezwecken. Ich denke z. B. an § 1716. Hier kann verlangt werden, daß der uneheliche Vater dem Kinde zu zahlenden Unterhalt für drei Monate voraus hinterlege, wenn die Geburt des Kindes zu erwarten ist. Den Anspruch auf Unterhalt hat bekanntlich das Kind (nicht die Mutter). Es liegt hier sicher kein bedingter Anspruch vor, denn dazu fehlt es an einem Rechtssubjekt. Das Gesetz schreibt nämlich dem nasciturus nicht generell eine gewisse Rechtsfähigkeit zu, sondern bloß in bezug auf eine angefallene Erbschaft. Es kommen demnach hier zukünftige Rechte in Betracht und trotzdem die Möglichkeit eines rechtlichen Schutzes. Ähnlich erkläre ich mir auch die Bestimmung des § 1963. Der zukünftige Unterhaltungsanspruch der Mutter gegen das zu erwartende Kind erfährt schon jetzt Berücksichtigung. Daß der Anspruch der Mutter gegen den Nachlaß sich auf den Unterhaltungsanspruch gegen Abkömmlinge stützt, entnehme ich daraus, daß für den Anspruch nach § 1963 die gleiche Voraussetzung besteht, wie für den Unterhaltungsanspruch unter Lebenden (§ 1602 Abs. 1).[1] Demnach glaube ich behaupten zu dürfen, daß diese positiven Befugnisse, wie sie der bereits lebende Nacherbe hat, die Annahme von zukünftigen Rechten nicht ausschließen.

Es bedarf daher die Rechtsstellung des bereits lebenden Nacherben keiner anderen juristischen Definition als die des noch nicht existierenden.[2] Wenn meine Auffassung richtig ist, so muß sie

---

[1] vgl. auch Freudenthal, Komm. z. ZPO. Anm. 2 zu § 259, der mit Berufung auf die Entscheidung des RG. Bd. 58 S. 140 auch Klage für künftige Ansprüche (im Gegensatz zu befristeten Ansprüchen) zuläßt.

[2] Es klingt widerspruchsvoll, wenn ich von der Rechtsstellung einer noch nicht existierenden Person spreche, gemeint ist damit die Bedeutung der Einsetzung eines Nacherben, solange der Nacherbe noch nicht existiert.

sich mit den nunmehr folgenden positiven Gesetzesvorschriften vereinen lassen. Der § 2108 ordnet an, daß die Nacherbschaft auf die Erben des vom Erblasser Eingesetzten übergehen soll, wenn der Nacherbe den Eintritt der Nacherbfolge nicht erlebt. Es ist also die Frage, ob zukünftige Rechte vererblich sind? Du Chesne[1]) schreibt diese Vererblichkeit dem Willen des Erblassers zu; das Gesetz käme diesem Willen zu Hilfe und lasse ihn zugunsten des Erben des Nacherben ebenso wirken, wie für den ersten Nacherben selbst. Eine andere Begründung ergibt sich aus dem Wesen der Erbfolge. Der Erbfall bewirkt den Übergang des Vermögens des Erblassers als Ganzes auf den Erben. Die Erbfolge ist mehr als die Nachfolge in einen Inbegriff von Gegenständen, sie bedeutet Eintritt des Erben in alle von der Vererbung nicht ausgeschlossenen vermögensrechtlichen Beziehungen, mögen sie die Gestalt von fertigen Rechten haben oder nicht.[2]) Die Erbfolge ist Persönlichkeitsnachfolge; zur vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Nacherben gehören aber auch seine zukünftigen Rechte auf die Nacherbschaft.

Ist es mit der Annahme eines zukünftigen Erbrechts vereinbar, daß der Nacherbe die Nacherbschaft ausschlagen kann, bevor der Nacherbfall eingetreten ist (§ 2142)? Nach Bürgerlichem Gesetzbuch ist eine Ausschlagung gültig, wenn sie nach dem Erbfall erfolgt ist. Ausschlagen kann eigentlich bloß, wer Erbe ist (Ausschlagen kann zwar auch der, dessen Berufung noch in Schwebe ist, aber dieser wird, wenn die Berufung eintritt, so behandelt, wie wenn er von Anfang berufen gewesen wäre, so z. B. ein entfernterer Verwandter, wenn noch ungewiß ist, ob der Nächstberufene annimmt). Insofern enthält § 2142 eine Ausnahme, der Nacherbe ist noch nicht Erbe. Die Ausschlagung kann für uns nicht die Bedeutung haben, daß der ausschlagende Nacherbe sein Erbrecht aufgibt, sondern die, daß er es nicht erwerben will. Dies ist aber nichts Besonderes; wir haben im Bürgerlichen Gesetzbuch noch eine Stelle, wo jemand durch Rechtsgeschäft das Entstehen eines zukünftigen Rechtes verhindert, nämlich den Erbverzichtsvertrag. Durch den Vertrag verhindert der Verzichtende, daß er im Moment des Erbfalls ein Erbrecht oder ein Pflichtteilsrecht erwirbt.[3])

Aus § 2120 ist zu entnehmen, daß durch die Einwilligung des Nacherben alle Verfügungen des Vorerben wirksam werden.

[1]) a. a. O. S. 537 Anm. 1.

[2]) Die Ausführungen sind Sohm, Der Gegenstand S. 42 entnommen.

[3]) Dernburg zwar nimmt an, daß der Verzichtende seine bereits bestehende Erbanwartschaft aufgibt (Bd. 5 S. 292); vgl. dagegen Enneccerus, Erbrecht S. 371.

Wie verträgt sich dies mit der Annahme, daß dem Nacherben bloß ein zukünftiges Recht zusteht?

Nach Thiesing[1]) hat die Zustimmung nicht die Bedeutung, der Verfügung des Vorerben überhaupt erst Wirksamkeit zu verleihen, gleich als ob ein Nichtberechtigter verfüge, sondern sie befreie die Verfügung von der ihr anhaftenden resolutiven Bedingtheit oder zeitlichen Begrenzung. Aber hier fragt sich für uns, wie der Nacherbe, der noch kein Recht hat, durch seine Zustimmung diese Wirkung auslösen kann. Die Antwort ist die: Im Moment, wo der Nacherbe einwilligt, ist er Nichtberechtigter, sobald aber der Nacherbfall eintritt, würde er den betreffenden Gegenstand erwerben. Wenn er nun selbst über diesen Gegenstand verfügt hätte, würde die Verfügung nach § 185 Abs. 2 wirksam werden und zwar rückwirkend. Dasselbe tritt auch ein mit einer Verfügung, die zwar nicht durch ihn selbst, aber mit seinem Einverständnis erfolgt ist; denn die Zustimmung zu der Verfügung eines andern über unsere Rechte ist selbst eine Verfügung.[2])[3])

Wir haben demnach konstatiert, daß die einschlagenden Gesetzesstellen der Auffassung nicht widersprechen, daß die Einsetzung eines Nacherben diesem bloß zukünftige Rechte verschafft.

Zweiter Teil.

Begriff „Verfügung", Begriff „Verfügungsmacht".

Unser Gesetzbuch spricht an vielen Stellen von „verfügen Verfügung", ohne aber eine Definition zu geben. Es stellt sich auch heraus, daß nicht durchweg mit dem Begriff eine einheitliche Vorstellung verbunden ist. Es zeigt sich vielmehr, daß das Gesetz den Ausdruck in dreifacher Art gebraucht:

1. in dem Sinne, wie es nachfolgend definiert werden soll,
2. verfügen im Sinne einer Anordnung des Gerichts oder der Staatsgewalt,
3. im Sinne von „Willenserklärungen des Erblassers".

---

[1]) Arch. f. ZivPrax., Bd. 94 S. 259.

[2]) Rspr. OLG., Bd. 4 S. 415 vgl. Ennecerus, Bd. 1 S. 341.

[3]) Rspr. OLG., 18 S. 340; hier ist der Fall behandelt, daß der Erbe statt seine Einwilligung zu erteilen, gemeinsam mit dem Vorerben verfügt: „Der Nacherbe handelt hier zwar nicht als Erbe, da er noch nicht Erbe ist, aber auch nicht als unbeteiligter Dritter, sondern als Erbanwärter kraft seines künftigen Erbrechts".

Die Wissenschaft stellt die Verfügungsgeschäfte den Verpflichtungsgeschäften gegenüber. Beides sind Rechtsgeschäfte, d. h. Rechtshandlungen, bei denen die Rechtswirkung eintritt, weil sie gewollt ist. Verpflichtungsgeschäfte sind solche, welche eine Verbindlichkeit zur Bewirkung einer Leistung begründen. Sie belasten bloß die Passivmasse des sich Verpflichtenden, Verfügungsgeschäfte sind dagegen solche, welche unmittelbar die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes verändern.[1]) Der Ausdruck „dingliche Rechtsgeschäfte", dem man oft begegnet, ist zu eng, da Verfügungen auch Forderungsrechte betreffen können. Zu den Verfügungsgeschäften im weiteren Sinne zählt man auch die sogen. Gestaltungsgeschäfte,[2]) zu ihnen gehören die Kündigung, die Mahnung, die Wahl bei Wahlschulden, die Bestimmung der unbestimmten Leistung usw. Da Sohm als Wesen der echten Verfügungsgeschäfte ansieht, daß sie einseitige Bereicherungsgeschäfte zugunsten des Verfügungsgegners sind, zählt er die Aufrechnung zu den verfügenden Gestaltungsgeschäften, weil sie zu Lasten des Gegners sowohl als auch zu eigenen Lasten wirke. Wichtig wird diese Abweichung, weil Sohm die Anwendbarkeit der Vorschriften des § 185 für diese verfügenden Gestaltungsgeschäfte verneint. Eine ausreichende Begründung gibt Sohm jedoch nicht; er sagt, diese Gestaltungsgeschäfte seien keine echten Verfügungsgeschäfte im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Weshalb? Durch diese Geschäfte werden doch Vermögensrechte aufgehoben. Cosack (Bd. 1 S. 178) hatte eine nachträgliche Genehmigung durch den Berechtigten bei der Kündigung für unwirksam erklärt, weil nach Analogie der §§ 180, 111 Genehmigung bei einseitigen Verfügungsgeschäften unstatthaft sei, aber diese Ansicht vertritt Cosack bloß deswegen, weil durch die rückwirkende Kraft der Genehmigung der Kündigungsgegner in eine mißliche Lage geriete. Diese Bedenken liegen bei der Einwilligung nicht vor und können überhaupt bei der Aufrechnung nicht zutreffen. Ich halte daher eine verschiedene Behandlung zwischen dieser und sonstigen Verfügungen nicht für erforderlich.

Die Verfügungshandlungen können die Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung eines „Rechts" betreffen. Keine derartige Wirkung haben die „letztwilligen" Verfügungen. Daß das Gesetz sie nicht als Verfügungsgeschäfte ansieht, ergibt sich z. B. daraus, daß eine Frau im gesetzlichen Güterstand von

[1]) So Sohm a. a. O. S. 8, welcher mit dieser Definition insofern von der durch Planck begründeten allgemein eingebürgerten Auslegung abweicht, als er nicht jede Veränderung eines Rechts gelten lassen will, sondern bloß eines Vermögensrechts.

[2]) Sohm a. a. O. S. 11.

Todes wegen frei verfügen kann, obwohl sie nach § 1395 über ihr eingebrachtes Gut ohne Einwilligung des Mannes nicht verfügen kann.[1]) Weil der Nachlaß kein Gegenstand ist, soll nach Sohm die Ausschlagung einer Erbschaft keine Verfügung sein. Die Ausschlagung sei personenrechtlicher Natur, sie wirke nicht auf die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes ein. Das kann jedoch nicht zugegeben werden; zugegeben, daß der Nachlaß kein Gegenstand ist, so ist es doch der Erbteil bei der Erbengemeinschaft, und die Ausschlagung hat hier die Wirkung, daß der Erbteil, der dem A zugestanden hat, an B übergeht. Bei dem Einzelerben gestaltet sich die Wirkung so, daß die Nachlaßgegenstände, deren Herr A war, nunmehr in das Eigentum des B fallen. Daran ändert m. E. auch der Umstand nichts, daß dies mit rückwirkender Kraft erfolgt. Sohm beruft sich auf die §§ 1406, 1453: ich meine, daraus läßt sich ebensogut ein Argumentum gegen ihn ableiten; wenn die Ausschlagung keine Verfügung wäre, so wäre die besondere Anordnung, daß die Frau im gesetzlichen Güterstand ohne Einwilligung des Mannes ausschlagen kann, überflüssig. Denn die Frau bleibt vollgeschäftsfähig und wird ja bloß in der Verfügungsbefugnis beschränkt.

Nicht unter den Begriff der Verfügungen fällt die Geltendmachung eines Rechtes im Prozeß, jedoch können gewisse Prozeßhandlungen Verfügungen enthalten, z. B. gerichtliche Vergleiche oder Aufrechnung im Prozeß usw. Desgleichen ist hervorzuheben, daß die Sachlegitimation im Prozeß prinzipiell von der Verfügungsbefugnis abhängt. Keine Verfügung enthalten ferner die Vermietung und Verpachtung von Grundstücken. Die diese Rechtsgeschäfte betreffenden Bestimmungen des § 2135 fallen daher nicht in den Rahmen unserer Arbeit.

Die „Verfügungsmacht" nun muß sich auf derartige Rechtsgeschäfte beziehen. Hellwig[2]) unterscheidet Verfügungsrecht und Verfügungsmacht. Ersteres bedeute die Befugnis, über einen Gegenstand zu verfügen, entweder kraft materiellen Rechts oder kraft eines Verwaltungsrechts. Verfügungsmacht sei dagegen die Befugnis, wirksam zu verfügen, trotz Mangels eines Rechts. Diese Auslegung der beiden Begriffe ist m. A. nach willkürlich, zum mindesten halte ich diese Definition für mein Thema nicht für verwendbar. Es würde sich sonst darum handeln, diejenigen Fälle aufzuzählen, in denen der Vorerbe unter Ausnutzung des guten Glaubens eines Dritten wirksame Verfügungen vornehmen kann. Verfügungsmacht bedeutet vielmehr einmal

[1]) Sohm S. 8 Anm. 2 a. a. O.
[2]) Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft § 13 I.

die Fähigkeit, jemanden zu **seinem** Rechtsnachfolger in bezug auf einen Gegenstand zu machen, das ist die Verfügungsberechtigung über **eigenes** Recht. Sie bedeutet ferner die Befugnis, dem **Inhaber** des Rechts einen Rechtsnachfolger zu setzen, d. i. das Verfügungsrecht über **fremdes** Recht.[1])

Es wird natürlich in der Arbeit auch Rücksicht genommen werden müssen auf die Fälle, in denen Verfügungswirkungen bloß auf Grund der „Legitimation"[2]) eintreten, d. h. die Fälle, in denen das Gesetz den Erwerb vom Nichtberechtigten schützt.

Dritter Teil.

A. Die Verfügungsfreiheit des Vorerben.

I. Allgemeines.

Wie schon im ersten Teil unserer Arbeit erwähnt, ist der Vorerbe, der gewöhnliche sowohl wie der befreite, wahrer Erbe und als solcher Herr des Nachlasses. Er ist daher zu allen Geschäften ermächtigt, die eine Verfügung im Sinne der vorigen Ausführungen enthalten, es sei denn, daß eine der später zu besprechenden Verfügungsbeschränkungen[3]) eingreift. Der Vorerbe hat für die Dauer der Vorerbschaft das Recht, alle die tatsächlichen und prinzipiell auch alle die rechtlichen Verfügungen vorzunehmen, welche zur Erhaltung und wirtschaftlichen Verwertung der zum Nachlaß gehörenden Vermögensgegenstände erforderlich sind. Hinsichtlich beider Arten von Handlungen ist er aber in seiner freien Entschließung gehindert. Während der befreite Vorerbe bloß durch die ihm angedrohte Schadensersatzpflicht bei böswilliger Schädigung des Erbschaftsbestandes eingeengt ist, hat der gewöhnliche Vorerbe bei schlechter Verwaltung, welche die zukünftigen Rechte des Nacherben zu verletzen droht, die Entziehung der Verwaltungsbefugnis zu gewärtigen. Außerdem kann er vom Vorerben hinsichtlich bestimmter Objekte auf einen Wirtschaftsplan festgelegt werden, dessen Nichteinhaltung schon einen

[1]) Sohm a. a. O. S. 49.
[2]) Sohm a. a. O. S. 52.
[3]) Wenn wir im folgenden von unbeschränkter Verfügungsbefugnis reden, so bedeutet das das Recht des Vorerben, Verfügungen vorzunehmen, die auch über die Zeit seiner Berechtigung hinaus wirksam sind, in dem Sinne, wie wir es im ersten Teil der Arbeit auseinandergesetzt haben.

ausreichenden Tatbestand für die Entziehung der Verwaltung bilden kann. Diese drohende Sequestration zusammen mit der Haftung für einen gewissen Grad von Fahrlässigkeit wird auch seine rechtliche Verfügungsmacht in einem bestimmten Grade beeinflussen. Er wird sich mit Rücksicht auf seine Verpflichtung zu ordnungsmäßiger Verwaltung zu mancher Verfügung entschließen müssen, die er sonst nicht vornehmen würde, und umgekehrt von mancher Verfügung absehen, die er gerne vornehmen möchte, und zwar selbst solche, zu denen er die erforderliche Verfügungsmacht besitzt. Seine Verfügungsfreiheit hängt demnach einmal davon ab, wieweit er Dritten gegenüber Verfügungsgeschäfte wirksam vornehmen kann, zum andern davon, wieweit er dem Nacherben gegenüber zu diesen Handlungen befugt ist.

Das Gesetz hat nun nach zwei Seiten hin den Vorerben freier gestellt. Es hat einmal bestimmte Gegenstände aus der Erbschaft ausgesondert und den Erben in bezug auf diese sogar der mittelbaren Einschränkung entzogen. Diese Vergünstigung kommt sowohl dem gewöhnlichen als auch dem befreiten Vorerben zugute. Es hat zweitens den Nacherben (event. dessen Pfleger) verpflichtet, den Vorerben bei bestimmten Handlungen zu unterstützen, und auf diese Weise dem Vorerben eine größere Bewegungsfreiheit verschafft. Diese Vorschrift ist, wie wir sehen werden, hauptsächlich für den gewöhnlichen Vorerben von Bedeutung. Im nächsten Abschnitt soll nun die ersterwähnte Vergünstigung näher untersucht werden.

II. Erweiterung des Verfügungsrechts des Vorerben

a) in bezug auf bestimmte aus dem Nachlaß stammende Gegenstände.

Die Beschränkungen des Vorerben beziehen sich nach § 2112 auf die Gegenstände, die zur Erbschaft gehören. Was zur Erbschaft gehört, ist in § 2111 besonders festgestellt, und zwar mit Rücksicht auf das Verhältnis zum Nacherben. Es zeigt sich dabei, daß das, was zur „Vorerbschaft" gehört, nicht identisch ist mit dem, was zur Erbschaft überhaupt gehört. Vielmehr ist zu unterscheiden zwischen dem, was den Nachlaßgläubigern gegenüber als zur Erbschaft gehörig anzusehen ist, und dem, was dem Nacherben gegenüber zur Vorerbschaft gerechnet wird.

Den Nachlaßgläubigern gegenüber gehört prinzipiell jede Bereicherung, die der Erbe durch den Erbfall gehabt hat, zum Nachlaß. Es gehört also zum Nachlaß zunächst der Aktivbestand des erblasserischen Vermögens, dann das, was der Erbe auf

Grund eines erlangten Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines erlangten Gegenstandes erwirbt (vgl. § 818 Abs. 1), und schließlich die Nutzungen. Zur Vorerbschaft gehören, abgesehen von einem Vorausvermächtnis, die Nutzungen aus der Erbschaft nicht. Die Nutzungen bilden den Kern der Vorerbschaft, und diese sollen dem Vorerben ungeschmälert und ohne Belastung zufallen. Dagegen ist bei der Vorerbschaft das Surrogationsprinzip auf weitere Fälle ausgedehnt. Es ergibt sich demgemäß für den Umfang der Vorerbschaft ungefähr folgendes: Zu der Vorerbschaft gehören diejenigen Gegenstände, welche bereits im Momente des Erbfalls vorhanden waren. Es gehört ferner dazu, und zwar mit dinglicher Wirkung, d. h. ohne daß es eines besonderen Übertragungsaktes bedürfte, alles, was auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts vom Vorerben erworben wird. Die Literatur erwähnt dazu den Erwerb auf Grund von Verbindung, Vermischung, Schatzfund usw. Weiter fällt in die Vorerbschaft, was der Vorerbe mit Mitteln des Nachlasses erwirbt oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes erhält. Desgleichen was er, ähnlich wie ein Nießbraucher, in das zur Erbschaft gehörende Gutsinventar einverleibt; es wird in der Literatur hier tatsächliche Einbringung für erforderlich angesehen.[1]) Entgegen dem 1. Entwurf, der analog den Bestimmungen beim Nießbrauch die verbrauchbaren Sachen freies Eigentum des Vorerben werden ließ, gehören nach unserem Gesetz dieselben zur Vorerbschaft. Von allen hinzukommenden Gegenständen (mit Ausnahme der Inventarerneuerung) fallen nicht in die Erbschaft die Gegenstände, welche als Nutzungen der Erbschaft anzusehen sind (§ 2111 Abs. 1 Satz 1). Die Nutzungen setzen sich zusammen aus Früchten und den Vorteilen aus dem Gebrauch einer Sache oder eines Rechts. Hier könnte man zweifeln, ob dem Vorerben auch solche Früchte als freies Vermögen zufallen, die er einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zuwider zieht. Groth[2]) scheint mit Rücksicht auf die Fassung des § 2133 anzunehmen, daß diese Früchte, soweit sie nicht zum Ausgleich gegen späteren Ausfall oder zur Wiederherstellung der Erbschaftssachen erforderlich sind, in die Substanz des Nachlasses fallen. Dagegen ist zu sagen: Nach § 2111 gehört jeder Erwerb auf Grund eines Erbschaftsgegenstandes zur Erbschaft, soweit er nicht dem Vorerben als Nutzung gebührt. Übermäßig gezogene Früchte bleiben immerhin Früchte. Der § 2133 bestimmt bloß, daß dem Vorerben der „Wert" der Früchte nicht

[1]) Planck Erl. 4 zu § 2111.
[2]) Groth, Die Nacherbschaft nach BGB. S. 57.

gebührt, bestimmt also eine Ersatzpflicht, ohne aber damit die rechtlichen Befugnisse des Vorerben mit diesen Früchten nach Belieben schalten zu können, anzutasten. Diese Auffassung entspricht auch der Entstehungsgeschichte des § 2133, der dem § 1039 nachgebildet ist.

Eine schwierigere Frage scheint mir zu sein, wie § 2134 sich zum Surrogationsprinzip verhält? Aus § 2134 ergibt sich, daß der Vorerbe Erbschaftsgegenstände für sich verwenden kann. „Für sich verwenden" bedeutet nach der herrschenden Ansicht einmal ein Verbrauchen zum Zwecke der Befriedigung „tatsächlicher oder rechtlicher Bedürfnisse", dann die Fälle der „Verbindung, Vermischung und Verarbeitung" durch den Vorerben und 3. die Tilgung von Eigenverbindlichkeiten.[1]) Das Surrogationsprinzip greift nach § 2111 auch dann ein, wenn der Vorerbe mit Mitteln der Erbschaft ein Rechtsgeschäft erfüllt, selbst wenn dieses Rechtsgeschäft sich nicht auf die Erbschaft bezieht. Wo liegt nun die Grenze zwischen den Fällen, in denen es sich um „Tilgung einer Eigenverbindlichkeit" handelt, und denjenigen, welche einen Erwerb mit Mitteln der Erbschaft darstellen? Nehmen wir z. B. den Fall, der Vorerbe kauft einen wertvollen Ring und erhält den Kaufpreis gestundet. Am Fälligkeitstage zahlt er die Forderung mit Geld, das zur Vorerbschaft gehört. Wenn wir hier einen Erwerb mit Mitteln der Erbschaft annehmen, so wäre eine schenkungsweise Übereignung des Ringes im Momente der Nacherbfolge wirkungslos, nehmen wir aber Tilgung der Eigenverbindlichkeit an, so fällt der Ring nicht in die Erbschaftsmasse, kann also wirksam verschenkt werden. Der Fall würde bei letzterer Auffassung noch krasser erscheinen, wenn der Vorerbe mittellos wäre und bloß mit Rücksicht auf seine Vorerbschaft den Kaufvertrag in dieser Weise abschließen konnte. Nach Planck[2]) liegt dem § 2111 der Gedanke zugrunde, daß aus dem durch Verfügungen über Erbschaftsgegenstände vermittelten Erwerb anderer Gegenstände durch Surrogation neue Erbschaftsgegenstände erwachsen sollen. „Alles, was als rechtsgeschäftlich erworbene Gegenleistung für die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes aufgefaßt werden kann, ist der Surrogation unterworfen." Nach dieser Ansicht ist als Surrogat anzusehen einmal der Erwerb, der zeitlich nach der Veräußerung des Erbschaftsgegenstandes liegt (wo also der Vorerbe zur Vorleistung verpflichtet ist), dann auch der Erwerb bei Zug-um-Zug-Leistungen, schließlich stempelt aber auch bei Vorleistungspflicht des Dritten die nachträgliche Leistung aus der

[1]) Komm. d. RGRäte zu § 2134 Anm. 1; ebenso Planck, Komm. zu § 2134.
[2]) Planck Erl. 2a zu § 2111 verb. mit Erl. 3 zu § 2019.

Erbschaft den Erwerb zum Surrogat für die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes. Wollte man aber diese letztere Auffassung ohne Begrenzung gelten lassen, so würden rückwirkend alle diejenigen Leistungen in die Erbschaft fallen, für welche der Vorerbe noch seine Gegenleistung schuldet und dieselbe nunmehr mit Mitteln der Erbschaft bewirkt. Damit wäre aber die Anordnung einer Ersatzpflicht in § 2134 für die meisten Fälle der Tilgung von Eigenverbindlichkeiten überflüssig gemacht, der Paragraph wäre bloß noch anwendbar für die Tilgung derjenigen Verbindlichkeiten, für die eine Gegenleistung nicht erfolgt war oder bei denen dieselbe nicht mehr vorhanden ist, z. B. bei Zahlung von Schadensersatz aus unerlaubter Handlung. Es scheint mir aber der Zweck des zitierten Paragraphen ein weitgehender zu sein. Juristisch genau läßt sich allerdings ein Unterscheidungsmerkmal zwischen den in Frage stehenden Fällen nicht feststellen; aber da hier die Anwendung des Surrogationsprinzips eine Umgehung der den Nacherben zugute kommenden Schutzbestimmungen verhüten soll (vgl. das angeführte Beispiel), so möchte ich diejenigen Rechtsgeschäfte von § 2111 ausschließen, bei deren Vornahme dem Vorerben jede „unlautere" Absicht unbedingt gefehlt hat. Es sind dies alle diejenigen Erwerbshandlungen, die zeitlich vor dem Erbfall liegen. Die durch dieselben erworbenen Gegenstände fallen also in keinem Falle in die Erbschaftsmasse. Dagegen möchte ich das Surrogationsprinzip auf die Fälle unter den nach dem Erbfall abgeschlossenen Geschäften ausdehnen, in denen die Leistungen aus den Erbschaftsmitteln im juristischen Sinne nicht Gegenleistungen sind, aber wirtschaftlich als solche angesehen werden. Hat z. B. der Vorerbe für eine Kaufpreisforderung ein Akzept ausgestellt und es dem Verkäufer vereinbarungsgemäß an Zahlungsstatt übergeben, so wird zwar die Kaufpreisforderung getilgt; zahlt aber der Vorerbe das Akzept mit Geld aus der Erbschaft, so ist vom wirtschaftlichen Standpunkte aus erst diese Zahlung das Äquivalent für die Ware, und demgemäß würde ich die Ware zur Vorerbschaft rechnen. In allen diesen Fällen entsteht, was die rechtliche Zugehörigkeit eines auf Kredit erworbenen Gegenstandes anbetrifft, ein Schwebezustand. Gehört er in der Zeit vom Erwerb bis zur Tilgung der Forderung dem Vorerben als freies Vermögen oder gehört er bereits zur Erbschaft? Wenn der Gegenstand zur Zeit der Tilgung der Forderung noch vorhanden ist, dann ist die Frage von geringer praktischer Bedeutung. Wie aber, wenn in der Zwischenzeit über ihn verfügt, und zwar unentgeltlich verfügt wird? Worauf muß sich z. B. der gute Glaube des Erwerbers beziehen? M. E. liegt es hier so: Wenn der Erwerber weiß oder wissen muß, daß der Vorerbe die Forderung

für den betreffenden Gegenstand mit Erbschaftsmitteln beglichen wird, so muß die Verfügung so behandelt werden, wie wenn der Gegenstand bereits zur Zeit der Verfügung zur Erbschaft gehört hätte. Diese Lösung stimmt damit überein, daß der Erwerb, wie sich nachträglich herausstellt, von vornherein das Surrogat für eine aus der Erbschaft gemachte Leistung bildete. Sie entspricht auch am meisten den praktischen Bedürfnissen, weil in den Fällen, wo der Verfügungsgegner wissen kann, daß der Vorerbe die Mittel zu dem Erwerb aus der Vorerbschaft nehmen wird, beim Vorerben meist Insolvenz vorliegt. Der Nacherbe würde daher mit seinen obligatorischen Ansprüchen nach § 2134 nichts erreichen.

Die Frage, inwieweit durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung durch den Vorerben eine Änderung des Erbschaftsbestandes herbeigeführt werden kann, soll nur gestreift werden. Im allgemeinen ist die Ansicht vertreten, daß durch die genannten Rechtshandlungen zur Erbschaft gehörende Gegenstände ins unbedingte Eigentum des Vorerben gebracht werden können. Direkt freilich können die §§ 946—951 keine Anwendung finden, da keine verschiedenen Eigentümer vorhanden sind. Vielleicht aber wird eine analoge Anwendung am Platze sein.[1])

Das Resultat der vorstehenden Untersuchungen ist, daß alle Nutzungen dem Vorerben als freies Gut zufallen. Es ergab sich ferner, wieweit das Surrogationsprinzip Vermögensstücke des Vorerben zu Erbschaftsstücken macht und wieweit solche Eigenvermögen des Vorerben bleiben. Desgleichen, daß wahrscheinlich eine Veränderung der Vermögenszugehörigkeit der einzelnen Nachlaßsachen durch die Grundsätze der Verbindung, Vermischung und Verarbeitung bewirkt werden kann. Wir haben somit festgestellt, daß der Vorerbe im Verhältnis zu einer Reihe von Gegenständen, die er aus der Erbschaft erwirbt, eine unbeschränkte Stellung einnimmt.

b) Erweiterung des Verfügungsrechtes des Vorerben durch das Recht, vom Nacherben die Einwilligung zu bestimmten Verfügungen zu verlangen.

Was die zweite Vergünstigung anbetrifft, die der Verfügungsmacht des Vorerben zugute kommt, so kommt folgendes in Betracht. Das Gesetz hat dem Nacherben die Verpflichtung auferlegt, zu denjenigen Verfügungshandlungen, die der Vorerbe nicht definitiv wirksam vornehmen kann, die aber zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung notwendig sind, im voraus seine Einwilligung zu

[1]) vgl. Hothorn S. 97 ff.

geben (§ 2120). (Über die juristische Natur dieser Einwilligung haben wir am Schlusse des ersten Teiles gesprochen.) Die Bestimmung wurde aufgenommen, um dem Vorerben freie Hand bei der Liquidation des Nachlasses zu schaffen, insbesondere bei der Befriedigung der Nachlaßgläubiger, was der Paragraph noch ausdrücklich hervorhebt. Und trotzdem ist das Gesetz gerade für diese Fälle inkonsequent. Obwohl nämlich ein Nachlaßgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung selbst gegen Nachlaßgrundstücke seine Rechte durchsetzen kann, ist der Vorerbe *selbst* zu einer Befriedigung des Gläubigers nicht ermächtigt, wenn er zu diesem Zwecke z. B. ein Nachlaßgrundstück verkaufen müßte. Im 1. Entwurf war diese Inkonsequenz vermieden. Hier hatte der Vorerbe ein freies Verfügungsrecht in allen Fällen, in denen sich eine Verfügung bei ordnungsmäßiger Verwaltung insbesondere zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger als erforderlich erwies. Der 2. Entwurf gab diese Regelung auf mit der Begründung, daß sich in der Praxis niemand mit dem Vorerben allein einlassen würde, sondern stets eine Bestätigung des Nacherben verlangen würde, daß die Handlung zu einer ordnungsmäßigen Wirtschaft erforderlich ist. Für unser Recht handelt es sich nun darum, festzustellen, was „ordnungsmäßige Verwaltung" bedeutet; denn davon hängt der Anspruch des Vorerben auf Einwilligung durch den Nacherben ab.

Von wessen Standpunkt aus ist die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung zu beurteilen? Auf diese Frage finden sich in der Literatur verschiedene Antworten. Der Ausdruck „ordnungsmäßige Verwaltung" findet sich bei der Regelung der Nacherbschaft des öfteren, so im § 2130, aus dem man die Pflicht des gewöhnlichen Vorerben zu einer solchen Verwaltung herleitet. Der Vorerbe hat aber nach § 2131 bei seiner Verwaltung nur für culpa in concreto einzustehen. Ist nun ordnungsmäßige Verwaltung vom Standpunkt des Vorerben aus zu beurteilen, oder ist ein objektiver Maßstab anzulegen? *Groth*[1]) hat die Antithese aufgestellt: § 2130 ordne an, *was* der Vorerbe zu tun hat — er hat ordnungsmäßig zu verwalten —, *wie* er es zu tun hat, sage § 2131 — mit der Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten —. *Hachenburg*[2]) erklärt die Regelung des Gesetzes für widerspruchsvoll, so sei der Vorerbe z. B. entschuldigt, wenn er ein ihm zugefallenes Gut verrotten und verkommen lasse, gleich seinem eigenen, aber er hafte, wenn er mehr Früchte ziehe, als in ordnungsmäßiger Wirtschaft gezogen werden sollten. M. A. nach ist die

[1]) *Groth* a. a. O. S. 60.
[2]) *Hachenburg* a. a. O. S. 54/55.

oben gestellte Frage so zu entscheiden: Da § 2131 sich unmittelbar an die Bestimmung anschließt, welche dem Vorerben die Pflicht der ordnungsmäßigen Verwaltung auferlegt (§ 2130), so liegt die Vermutung nahe, daß der Paragraph eine Interpretation der genannten Bestimmung enthalten soll. Er soll bekunden, was der Gesetzgeber unter ordnungsmäßiger Verwaltung verstanden wissen will, nämlich eine ordnungsmäßige Verwaltung in dem Maße, wie es dem Vorerben möglich ist. Der Vorerbe soll nicht gezwungen sein, fremde Hilfe in Anspruch zu nehmen, um sich gegen Schadensersatzansprüche zu schützen. Diese Vergünstigung hat der Vorerbe aber nur in den Fällen, in denen er handeln kann. Bedarf er jedoch zur definitiven Durchführung eines Rechtsgeschäfts der Mitwirkung des Nacherben, so hätte es keinen Sinn, diesen subjektiven Maßstab für anwendbar zu erklären, da doch einmal die Einmischung eines Dritten erforderlich ist. Dazu wäre es für den Nacherben schwieriger festzustellen, ob die betreffende Verfügung erforderlich ist. M. A. nach braucht der Nacherbe sich nur einzulassen, wenn objektiv die Notwendigkeit der Handlung feststeht. Objektiv notwendig wird so viel bedeuten, wie notwendig nach dem durchschnittlichen Urteil von Personen, die man sich in die gleiche Lage versetzt denkt wie der Vorerbe.

Es liegt also in dem soeben besprochenen Recht des Vorerben eine gewisse Erweiterung seiner Verfügungsrechte. Zwar geht die Erweiterung nicht mehr soweit als im 1. Entwurf, denn der Vorerbe schöpft die Verfügungsbefugnis nicht mehr unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus dem Willen des Nacherben. Anderer Ansicht ist Planck, der meint, daß es auch heute noch Fälle geben kann, in denen der dritte Erwerber aus eigenem Recht (nicht auf Grund einer Zession), einen Anspruch gegen den Nacherben auf Erteilung der Zustimmung habe. Dieser Anspruch äußere sich z. B. in dem Verlangen, den Nacherbenvermerk im Grundbuch zu beseitigen. Eine andere Ansicht geht dahin, daß der Erwerber (wenn es sich um eine Verfügung der im § 2120 gedachten Art handelt) dem Nacherben eine exceptio doli generalis entgegenhalten könne, wenn derselbe nach Eintritt der Nacherbfolge seine Rechte geltend machen wollte.[1]) Doch ich halte das für eine exceptio de jure tertii. Wie Staudinger[2]) hervorhebt, ist der Charakter der Vorschrift des § 2120 nur ein obligatorischer, zwischen Vorerben und Nacherben, ein Dritter kann sich nicht darauf berufen.[3]) Von einem andern Gesichtspunkte

[1]) So Komm. d. RGRäte zu § 2120 Anm. 2.
[2]) Staudinger, Bd. 5 Komm. zu § 2120 Bem. 3.
[3]) Ebenso Peiser, Handb. des Testamentsrechts S. 102, welcher auf den

aus sucht Hothorn[1]) ungefähr zum gleichen Ziele zu gelangen. Er beschränkt seine Behauptung aber auf die Erfüllung von Vermächtnissen, die auf eine in der Erbschaft befindliche Spezies gerichtet sind. Hier habe der Erblasser den Vorerben in bezug auf die Verfügungsmacht freier stellen wollen. Dem steht jedoch der Wortlaut des § 2120 entgegen, der eine Unterscheidung der Nachlaßverbindlichkeiten nicht macht.

Wie der klare Wortlaut des Paragraphen ergibt, bezieht er sich bloß auf solche Verfügungen, die ohne Zustimmung des Nacherben der definitiven Wirksamkeit entbehren. Also überall da, wo der Vorerbe schon die ausreichende Verfügungsmacht hat, kommt ein Anspruch auf Einwilligung nicht zur Entstehung. Diese Folgerung ist aber von der Judikatur nicht anerkannt, vielmehr spricht das Reichsgericht[2]) auch dem befreiten Vorerben einen Anspruch aus § 2120 zu, obwohl der Vorerbe zu den in Betracht kommenden Verfügungen[3]) selbständig berechtigt ist. Eine Schwierigkeit allerdings entsteht dem Reichsgericht daraus, daß § 2120 die Verpflichtung des Nacherben davon abhängig macht, daß die Verfügung einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht. Nun ist ja der befreite Vorerbe nicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet, folglich muß ein anderes Kriterium gefunden werden. Das Reichsgericht bestimmt denn auch, daß der Nacherbe zu allen Verfügungen seine Zustimmung erteilen müsse, es sei denn, daß die Verfügung ein Mißbrauch der dem Vorerben testamentarisch eingeräumten Befugnisse enthalte. Zu dem gleichen Resultate kommt das Oberlandesgericht Marienwerder[4]) mit der Begründung, es gäbe Fälle, in denen die Einwilligung des Nacherben zwar nicht erforderlich sei, aber aus besonderen Gründen beigebracht werden müßte, und in diesen Fällen würde eine Weigerung des Nacherben eine Einschränkung der Rechte des Vorerben bedeuten. Die beiden Ansichten richten sich selbst, wenn man ihre Entstehungsgeschichte ins Auge faßt. Sie sind beide sozusagen Gelegenheitsinterpretationen, sie mußten herausgefunden werden, weil man sie brauchte. Sie sind daher zugeschnitten zur Lösung einer Schwierigkeit, der man bei der Entscheidung einer grundbuchrechtlichen Kontroverse begegnete. Sie widersprechen auch dem vom Gesetzgeber mit dem § 2120

Wortlaut des Gesetzes „gegenüber dem Nacherben" verweist. Nach Peiser bezieht sich § 2120 auch auf die Genehmigung, was wohl zuzugeben ist.

[1]) Hothorn S. 73.

[2]) RG. Bd. 70 S. 332.

[3]) Es handelt sich nämlich nicht um Schenkung, wie wir später noch sehen werden.

[4]) Rspr. d. OLG. Bd. 16 S. 266.

verfolgten Zweck. Durch die Vorschrift sollte vermieden werden, daß die ordnungsmäßige Verwaltung der Erbschaft unter der Verfügungsbeschränkung des Vorerben litte. Die Erweiterung der Verfügungsmacht des Vorerben war also nicht so sehr im Interesse des Vorerben als im Interesse des Nachlasses gedacht.

B. Die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben.

Erster Abschnitt.

Verfügungsbeschränkungen eines Erben überhaupt.

Der Erblasser kann zwar den Vorerben in bezug auf eine Reihe von Bestimmungen freier stellen, dagegen würde eine letztwillige Anordnung, daß der Vorerbe irgendeine vom Gesetz dem gewöhnlichen Vorerben zugestandene Befugnis nicht haben soll, keine unmittelbare (dingliche) Wirkung haben. Dem Erblasser ist es jedoch unbenommen, dem Vorerben mit demjenigen Mittel weitere Beschränkungen aufzuerlegen, das dem Erblasser bei jeder Erbeneinsetzung zu Gebote steht, nämlich durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und Übertragung der Verwaltung an ihn. Der Erblasser kann sogar dem Testamentsvollstrecker auftragen, die Nutzungen der Erbschaft dem Vorerben nicht herauszugeben, sondern sie für den Nacherben anzusammeln, so daß für den Vorerben nichts übrigbleibt als eine Anwartschaft auf die Erbschaft für den Fall, daß die Nacherbfolge nicht eintritt.[1]) Wenn hier keine besonderen Anordnungen getroffen sind, so soll nach der Ansicht einiger Autoren den Testamentsvollstrecker nicht die Einschränkung treffen, welche die Verwaltung des Vorerben selbst belasten würde. Dernburg[2]) leitet dies aus dem rechtlichen Charakter der Stellung des Testamentsvollstreckers ab, er sei nicht Vertreter des Vorerben, was aber bekanntlich bestritten ist. Staudinger[3]) hält die Einschränkung nicht für anwendbar, weil ja der Vorerbe nicht verfüge. Da die Frage nicht zu unserem Thema gehört, kann hier nicht darauf eingegangen werden.

Wie bei jeder Erbschaft kann vom Vorerben oder von den Nachlaßgläubigern eine Nachlaßverwaltung beantragt werden. Durch deren Anordnung verliert der Vorerbe die Verfügungs-

[1]) Hachenburg S. 61.
[2]) Dernburg, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 5 S. 185 Anm. 1.
[3]) Staudinger, Bd. 5 Komm. zu § 2120 Anm. 2.

befugnis über alle zum Nachlaß gehörenden Gegenstände (auch über die gezogenen Früchte, soweit sie noch vorhanden sind). Aus dem Wesen der Nachlaßverwaltung ergibt sich, daß der Verwalter, obwohl er Vertreter des Vorerben ist (bestritten), doch nicht an die Beschränkungen desselben gebunden sein kann, sondern die Verwaltung nach den Grundsätzen der Pflegschaft zu führen hat. Dafür spricht, daß die Anordnung einer Nachlaßverwaltung auch dem Nacherben zugute kommt.

Das gleiche hat zu gelten, wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet ist. Auch hier verliert der Vorerbe die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis. Die Befugnisse des Konkursverwalters richten sich nach der Konkursordnung, für die Beschränkungen aus der Einsetzung eines Nacherben ist hier kein Platz.

In beiden Fällen, bei der Nachlaßverwaltung sowohl als beim Nachlaßkonkurs ist zu bemerken, daß sie eine Absonderung zwischen Eigenvermögen des Vorerben und Nachlaß bewirken und daher schon jetzt eine eingetretene Konfusion oder Konsolidation aufheben.

Zweiter Abschnitt.

Spezielle Beschränkungen des Vorerben.

I. Des gewöhnlichen Vorerben.

a) Auf Gesetz beruhende Beschränkungen.

1. Hinsichtlich des Gegenstandes der Verfügung.

α) Bei Grundstücken und Rechten an solchen nach § 2113 Abs. 1.

Wie wir im vorigen Abschnitt gesehen haben, zeigen die allgemeinen Beschränkungen, die einem Erben auferlegt werden können, bei der Vorerbschaft keine Besonderheit. Dagegen werden wir jetzt die einzelnen Bestimmungen kennen lernen, welche speziell die Herrschaftsrechte des Vorerben über den Nachlaß schmälern. Es besteht hier, wie im ersten Teil der Arbeit angedeutet, ein Unterschied in der Stellung des gewöhnlichen und des befreiten Vorerben. Da die meisten Beschränkungen den gewöhnlichen Vorerben treffen, sollen diese zuerst auseinandergesetzt werden, damit wir uns nachher mit einer Aufzählung derer begnügen können, welche beim befreiten Vorerben in Wegfall kommen.

Wir haben im ersten Teil der Arbeit die Rechte des Vorerben an den einzelnen Nachlaßgegenständen für bedingte bezw. mit Endtermin behaftete erklärt. Der Vorerbe soll jedoch

prinzipiell die Verfügungsbefugnis besitzen, das jenseits des Bedingungseintrittes liegende Recht zu übertragen, zu belasten oder aufzuheben usw. Ausgenommen von dieser Verfügungsbefugnis waren beim befreiten Vorerben, wie wir gesehen haben, die Fälle der unentgeltlichen (bezw. verwandten) Verfügungen. Beim gewöhnlichen Vorerben kommt als wichtigste Ausnahme hinzu, daß er über Grundstücke und Grundstücksrechte regelmäßig nur für die Zeit seiner Berechtigung verfügen kann. Diese Ausnahme ist nun näher zu betrachten.

§ 2113 Abs. 1 spricht von Grundstücken und Rechten an solchen. Es kommen also in Betracht: zunächst das Eigentum, dann das Erbbaurecht und die nach Art. 63 EG. z. BGB. gleichgestellten Rechte, ferner die Dienstbarkeiten, Grunddienstbarkeiten, Nießbrauch und die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten, das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallasten und die Hypotheken-, Grund- und Rentenschulden. Da für die letzteren drei im § 2114 einige Besonderheiten angeordnet sind, so sollen sie erst im nächsten Abschnitt besprochen werden.

Betreffs des Nießbrauchs und der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten ist zunächst folgendes zu bemerken: Sie können zur Erbschaft bloß dann gehören, wenn sie vom Vorerben mit Mitteln der Erbschaft erworben worden sind (gemäß § 2111), denn sie sind unvererblich. Wenn der Erblasser solche Rechte gehabt hat, sind sie mit dessen Tode erloschen.[1]) Die genannten Rechte sind aber auch unübertragbar, und die Ausübung kann bei der persönlichen Dienstbarkeit einem andern nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist. Wenn nun der Nacherbfall vor dem Tode des Vorerben eintritt, so entsteht die Frage, ob diese Rechte trotzdem auf den Nacherben übergehen, vielleicht bloß für die Lebenszeit des Vorerben? Bedeutet „Übertragen" in §§ 1059 u. 1092 bloß eine rechtsgeschäftliche Übertragung nach § 413? So anscheinend Fischer-Henle.[2]) Diese Ansicht ist an und für sich richtig, aber in den Fällen, wo ein ähnlicher ipso jure-Übergang von Rechten vorkommt wie hier, ist vom Gesetzgeber ausdrücklich die Bedingung der rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit gemacht worden (vgl. z. B. §§ 1439, 1552), somit das Prinzip anerkannt, daß auch bei solchem Rechtsübergang die rechtliche Eigenart der in Betracht kommenden Rechte berücksichtigt werden muß. Wenn das bei der Nacherbfolge vom Gesetz nicht zum Ausdruck

[1]) Planck, Komm. zu § 2113 Bem. 1 sagt deshalb auch, daß diese Rechte praktisch nicht in Betracht kämen, ohne aber zu untersuchen, wie es sich in dem Falle verhält, den ich erwähnt habe. Die Literatur enthält ebenfalls keine Ausführungen dazu.

[2]) Komm. zu § 1059 Bem. 1.

gebracht worden ist, so rührt das m. A. noch daher, daß der Gesetzgeber die Rechtsverhältnisse, welche durch den Übergang der Erbschaft auf den Nacherben entstehen, keiner genauen Regelung unterzogen hat. (Letzterem Umstande ist es m. E. auch zuzuschreiben, daß die Kontroverse entstehen konnte, ob der Nacherbe Universalsukzessor des Erblassers oder des Vorerben ist.) Aber es besagt nicht, daß hier die grundlegenden sachenrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung finden sollen. Es bestände dafür kein hinreichender Anlaß. Der Nacherbe wird nicht geschädigt, da er Ersatzansprüche gegen den Vorerben hat. Daß andererseits bloß die Ausübungsbefugnis auf den Nacherben übergehen soll, findet im Gesetz keine Stütze und hätte vielfach auch keinen Wert für den Nacherben, da der Inhalt dieser Rechte (zum mindesten der persönlichen Dienstbarkeiten) meist den individuellen Bedürfnissen dessen angepaßt ist, für den sie bestellt worden sind. Wenn wir aber annehmen, daß diese Rechte nicht übergehen, so ist noch fraglich, ob sie mit Eintritt der Nacherbfolge erlöschen oder dem Vorerben verbleiben. Denn wir haben ja als Prinzip angenommen, daß alle zur Erbschaft gehörenden Gegenstände dem Vorerben nur bedingt angehören, also mit Eintritt der Nacherbfolge für ihn verloren sind. Daß dies unbillig wäre, ist klar, wenn wir z. B. annehmen, daß der unter einer Bedingung eingesetzte Vorerbe sich ein Nießbrauchsrecht auf Lebenszeit hat bestellen lassen und kurz darauf die Nacherbfolge eintritt. Die Lösung dieser Schwierigkeit ist meiner Ansicht nach darin zu suchen, daß man das Surrogationsprinzip bei solchen unübertragbaren Rechten für unanwendbar erklärt. Diese Rechte gehören dann also nicht zur Vorerbschaft. Die Verfügungsbefugnis des Vorerben hinsichtlich derselben richtet sich demnach nicht nach § 2113 Abs. 1.

Das gleiche könnte man versucht sein bezüglich des subjektiv persönlichen Vorkaufsrechts anzunehmen, das der Vorerbe mit Erbschaftsmitteln erworben hat. Hier ist jedoch das Verbot der Vererblichkeit dispositiv, also immerhin ein gewisser Wechsel der Subjekte möglich. Deshalb ist auch nicht erforderlich, das Surrogationsprinzip und damit den Übergang auf den Nacherben zu verneinen.

Was nun den eigentlichen Inhalt von § 2113 Abs. 1 angeht, so bezieht er sich auf *Verfügungen*. Es handelt sich also um Übertragung, Belastung, Änderung oder Aufhebung der Immobiliarrechte. Die Übertragung, welche gleichbedeutend ist mit Veräußerung von Rechten, ist dasjenige Rechtsgeschäft, durch welches ein bisher dem Veräußerer zustehendes Recht im Wege der Sondernachfolge auf ein neues Subjekt eingeleitet wird. Belastung ist die Begründung eines begrenzten dinglichen Rechts an einer Sache

oder an einem Recht. Änderung eines Rechts ist die Umgestaltung des Rechts seinem Inhalt oder seinem Range nach, so z. B. eine Verwandlung einer Grundschuld in eine Rentenschuld. Aufhebung eines Rechts bewirkt dessen Untergang, im Gegensatz zu einer Verfügung, die das Recht des Verfügenden beendigt, dagegen in einem anderen Subjekt weiterbestehen läßt. Genau genommen ist daher von der Aufhebung der Verzicht zu unterscheiden, durch den das Recht nicht objektiv erlischt, sondern bloß aus dem Vermögen des Verzichtleistenden ausgeschieden wird.[1])

Zu den bis jetzt erwähnten Arten von Verfügungen — ich möchte sie „Grundverfügungsgeschäfte" nennen — treten dann noch die früher erwähnten Gestaltungsgeschäfte,[2]) soweit sie auf Immobiliarrechte passen. Danach könnte z. B. der Vorerbe eine Auflassung wegen Irrtums nur mit der Wirkung anfechten, daß die Anfechtung hinfällig würde und damit die eingetretene Wirkung, sobald die Nacherbschaft eintritt. Dieses Resultat erscheint mir eben so sehr unpraktisch als juristisch schwer konstruierbar zu sein. Man wird daher vielleicht gut tun, § 2113 Abs. 1 bloß auf solche Gestaltungsgeschäfte anzuwenden, welche im Grundstücksverkehr wie überhaupt im Rechtsverkehr als die normalen gelten, z. B. Kündigung.

Neben diesen Gestaltungsgeschäften gibt es noch eine Reihe von Geschäften mit Verfügungswirkungen, die aber gewisse Besonderheiten haben. Verfügungen über Immobiliarrechte haben bekanntlich (was die Mitwirkung des Verfügenden anbetrifft) einen doppelten Tatbestand, einmal den materiellen Konsens und zweitens die Eintragungsbewilligung. Nehmen wir nun z. B. an, der Erblasser habe mit einem Dritten eine Einigung über eine Hypothekenbestellung abgeschlossen, jedoch keine formelle Eintragungsbewilligung erteilt. Wenn nun der Vorerbe dieselbe erteilt, ist die Hypothek nach Eintritt der Nacherbfolge auch gegen den Nacherben wirksam? Das Beispiel soll veranschaulichen, daß die Frage nach der rechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung von praktischer Bedeutung sein kann. Endemann,[3]) der Eintragungsbewilligung für identisch mit der Einigung hält — es sei bloß die grundbuchrechtliche Bezeichnung für das materiellrechtliche Erfordernis der Einigung — sagt, daß die Eintragungsbewilligung eine Verfügung insofern enthalte, als durch sie unmittelbar eine Änderung des dinglichen Rechtsstandes herbeigeführt werde. Er schließt daran noch die Voraussetzung, daß die Eintragungsbewilligung inhaltlich auf das buchmäßige Dasein eines dinglichen Rechts

[1]) vgl. zu den Ausführungen Endemann, Sachenrecht S. 65 ff. u. 125.
[2]) vgl. auch Endemann Bd. 1 Allgem. Teil § 62 Anm. 19.
[3]) Sachenrecht S. 311 ff., insbes. S. 315 Anm. 17.

einwirke, d. h. daß sie sich auf Übertragung, Belastung oder Änderung eines dinglichen Rechts beziehe. Für unsere Frage scheint mir die hier bestehende Kontroverse über die Eintragungsbewilligung nicht von Bedeutung zu sein. Auch von der Auffassung aus, daß die Eintragungsbewilligung neben der Einigung ein selbständiges materiellrechtliches Erfordernis für die Eintragung sei, läßt sich die Eintragungsbewilligung als Verfügung ansehen. Es ist zu bemerken, daß eine unmittelbare Einwirkung auf ein Recht in der Eintragungsbewilligung nicht enthalten ist — ich kann mich nämlich mit der zitierten Auffassung Endemanns nicht einverstanden erklären —. Eine Einwirkung durch die Bewilligung könnte höchstens darin erblickt werden, daß nun die Buchmäßigkeit des Rechts geändert werden kann. Diese Eintragungsmöglichkeit ergreift an und für sich den Bestand des Rechts nicht, da der Grundbucheintrag nicht formale Rechtskraft besitzt. Jedoch wenn wir für den Begriff der Verfügung verlangen wollten, daß durch die rechtsgeschäftliche Erklärung allein eine Rechtsänderung bewirkt wird, so könnten wir von sachenrechtlichen Verfügungen nur in sehr wenigen Fällen sprechen. Denn bei den meisten mobiliarrechtlichen Verfügungen ist Besitzübertragung erfordert und bei den Immobiliarverfügungen Eintragung im Grundbuch. Vgl. auch Fuchs-Arnheim,[1]) der von der Eintragungsbewilligung sagt, der Wille des Erklärenden sei unmittelbar nur auf einen Formalakt gerichtet, nämlich auf die Gestattung eines Eintrags; da indessen derjenige, der die Eintragung gestatte, sich mittelbar auch damit einverstanden erkläre, daß die sich an die Eintragung knüpfenden rechtlichen Folgen eintreten sollen, so sei sie als ein Rechtsgeschäft anzusehen, und zwar als ein abstraktes.

Endemann hält, wie oben angedeutet, die Eintragungsbewilligung dann für keine Verfügung, wenn sie nicht auf ein dingliches Recht einwirken will. Deshalb sei die Bewilligung einer Vormerkung keine Verfügung. Die Vormerkung erzeuge kein dingliches Recht. Die Vormerkung ist aber ein Sicherungsmittel dinglicher Natur, sie bindet den von ihr betroffenen Gegenstand zugunsten des Gläubigers. Im Sinne des § 2113 Abs. 1 muß man die Bewilligung einer Vormerkung als Verfügung ansehen.[2]) Sonst kämen wir zu dem sonderbaren Resultate, daß der Vormerkungsberechtigte vom Nacherben die Einwilligung zur Eintragung seines Rechts verlangen könnte, während ein definitiv erworbenes Recht dem Rechte des Nacherben weichen müßte.

---

[1]) Komm. z. GBO. Bd. 2 S. 217.
[2]) So auch Planck, Komm. zu § 2113 Abs. 1 Bem. Ib.

Nach § 876 BGB. ist zur Aufhebung eines Rechts, das dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zusteht, die Zustimmung dessen erfordert, der ein begrenztes Recht an diesem Grundstück hat. Ist diese Zustimmung eine Verfügung, und zwar eine Verfügung über dieses begrenzte Recht? Man wird wohl beides bejahen müssen. Durch die Zustimmung (in Verbindung mit der auf Grund desselben und der Aufhebungsbewilligung des Eigentümers des Grundstücks erfolgenden Eintragung) wird der Umfang des begrenzten Rechts geändert. Nehmen wir an, das begrenzte Recht war eine Hypothek und das aufzuhebende Recht eine Lichtgerechtigkeit, so wird durch die Aufhebung der letzteren der Wert des der Haftung der Hypothek unterliegenden Objekts vermindert. Wie steht es aber nun bei Eintritt der Nacherbfolge? Lebt das erloschene Recht wieder auf? Diese Frage führt uns zunächst auf die allgemeinere Frage, wie es sich mit der Löschung von Grundbuchrechten durch den Vorerben überhaupt verhält? Planck[1]) ist der Ansicht, daß der Vorerbe Grundstücksrechte allein nicht löschen kann oder doch nur in ganz bestimmten Fällen. Denn das Grundbuchrecht kenne einen nur bedingt wirkenden Löschungsvermerk nicht. Der gleichen Ansicht ist das Kammergericht.[2]) Eine vorläufige Löschung mit Vorbehalt der Wiedereintragung für den Fall der Unwirksamkeit und namentlich die Wiedereintragung mit dem alten Range sei dem Gesetze unbekannt. Einige Autoren beziehen sich auf § 876 und leiten daraus ab, daß die Zustimmung des Nacherben erforderlich sei. Daß dieser Paragraph nicht unmittelbar zutrifft, geht aus meinen prinzipiellen Erörterungen über die Natur des Nacherbenrechts hervor. Andere entnehmen dem § 876 einen unser Recht angeblich beherrschenden Grundsatz, daß es keine relative Löschung gäbe. Man sagt, wenn die erforderliche Zustimmung fehle, so sei die Löschung überhaupt unwirksam, also auch gegenüber dem, der die Aushebungsbewilligung erteilt habe. Wolff[3]) meint dagegen, es ließe sich auch sonst im Gesetz nicht vermeiden, daß dingliche Rechte relativ fortbestänben, und verweist auf Verfügungen, die einem Veräußerungsverbot oder einer Vormerkung widersprechen. Man darf sich jedoch nicht verhehlen, daß sich bei Annahme dieser Ansicht große Komplikationen ergeben können. Aber wenn die Ansicht Biermanns[4]) richtig ist (Widerspruch und Vormerkung S. 208 ff.), der für den Fall der Verwirklichung einer Vormerkung behauptet, daß die-

[1]) Bem. IV d zu § 2113.
[2]) Beschl. v. 10. 6. 1901, zit. nach Thiesing im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 262.
[3]) Enneccerus, Kipp u. Wolff, Sachenrecht S. 95.
[4]) And. M. Weber in DNotZ. 1907 S. 253 ff.

jenigen, welche durch die Löschung einen Vorteil erlangt haben, verpflichtet sind, der Wiederherstellung des Rechts zuzustimmen, so wird man auch beim Eintritt der Nacherbfolge mit diesem Mittel die Schwierigkeiten beseitigen können. Ich möchte daher für die Aufhebung von Rechten keine anderen Grundsätze wie für sonstige Verfügungen gelten lassen. Dieser Schluß führt uns zu dem Resultate, daß auch eine Zustimmung nach § 876 keiner Mitwirkung des Nacherben bedarf.

All die Verfügungen, die nun unter § 2113 Abs. 1 fallen, werden unter zwei Voraussetzungen unwirksam: Einmal muß sich die Bedingung verwirklichen, welche das Recht des Vorerben beendigt, d. h. der Nacherbfall muß eintreten; zum zweiten muß durch die Verfügung das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt werden. Das Gesetz läßt also die Wirksamkeit einer Verfügung während der Vorerbschaft unberührt. Darüber ist man sich in der Literatur einig, aber Streit besteht darüber, wie sich die Unwirksamkeit im Moment der Nacherbfolge äußert. Der Streit dreht sich hauptsächlich um die prinzipielle Frage, ob § 2113 Abs. 1 ein relatives Veräußerungsverbot zugunsten des Nacherben aufstellt oder ob die Verfügung eines bedingt Berechtigten vorliege. Nach unserer Auffassung vom Vorerbenrecht kann über diese Frage kein Zweifel mehr bestehen, aber es soll trotzdem auf die vorhandene Kontroverse eingegangen werden.

Aus den Motiven[1]) ergibt sich, daß das Gesetz sich in Ansehung der Verfügungsbeschränkung des Vorerben an die §§ 161 und 163 (§§ 135 u. 142 des 1. Entw.) anlehnen wollte, insbesondere deshalb, weil § 161 alle Verfügungen unwirksam werden lasse, welche das Recht des bedingt Verpflichteten zur Voraussetzung haben, während nach § 135 (§ 107 des 1. Entw.) bloß die eigene Verfügung des durch das Veräußerungsverbot Betroffenen entkräftet würde. Trotzdem wird in der Literatur zum Teil die Ansicht vertreten, daß § 2113 Abs. 1 sich an § 135 anschließe. Je nachdem man nun ein relatives Veräußerungsverbot oder die Verfügung eines bedingt Berechtigten annimmt, ergibt sich im ersteren Fall bloß relative Unwirksamkeit, im letzteren Fall absolute Unwirksamkeit. Peiser[2]) sagt, es gibt keine absolute Unwirksamkeit, wenn die Möglichkeit bestehe, daß der zu schützende Nacherbe die Verfügung nachträglich genehmige; es gäbe also nach ihm auch bei der Verfügung eines Nichtberechtigten keine absolute Unwirksamkeit, denn auch dort kann der Berechtigte genehmigen (§ 185). Absolute

[1]) Bd. 5 S. 115 ff.
[2]) Handb. d. Testamentsrechts S. 90 Anm. 59.

Unwirksamkeit ist nicht gleichbedeutend mit Nichtigkeit. Die Komplikation, die Peiser für den Fall befürchtet, daß ein Dritter die Unwirksamkeit geltend macht und der Nacherbe nunmehr genehmigt, kann bei allen unwirksamen Verfügungen durch einen Nichtberechtigten eintreten. Die bedeutendsten Nachteile werden aber durch § 184 Abs. 2 beseitigt, wonach inzwischen vorgenommene Verfügungen durch die rückwirkende Kraft der Genehmigung nicht betroffen werden.[1] Dernburg beruft sich auf § 773 ZPO., welcher ausdrücklich von einer Unwirksamkeit gegenüber dem Nacherben spreche, und nimmt demgemäß an, daß § 2113 Abs. 1 ein relatives Veräußerungsverbot enthalte. Dem Wortlaut des zitierten Paragraphen läßt sich aber der des § 2113 Abs. 1 selbst entgegenhalten, der genau dem § 161 entspricht, und für diesen Paragraphen wird allgemein absolute Unwirksamkeit angenommen. Daß dies auch im vorliegenden Fall so ist, wird noch dadurch bekräftigt, daß der 2. Entwurf das „wird", das der § 1828 des 1. Entw. noch hatte, im Anschluß an § 161 in „ist" veränderte. Damit sollte zugleich klargestellt werden, daß der Verfügung „von Anfang an ein Mangel anhafte, der seine Wirkung freilich nur unter der gedachten Voraussetzung geltend macht".[2]

Dies führt uns nun zu der anderen Frage, ob die Unwirksamkeit ipso jure eintritt. Diese Frage erledigt sich nämlich nicht implizite mit der Beantwortung der ersten, denn auch die relative Unwirksamkeit kann ipso jure eintreten. So meint z. B. Predari,[3] daß in unserem Falle die Unwirksamkeit ipso jure eintrete, trotzdem liege aber ähnlich wie bei einer Vormerkung nur relative Unwirksamkeit vor, weil es im Belieben des Nacherben stände zu genehmigen. Relative Unwirksamkeit und zugleich Erfordernis der Geltendmachung durch den Nacherben vertritt Salinger.[4] Er schränkt jedoch seine Behauptung ein, indem er trotzdem Dritten, die ein rechtliches Interesse haben, die Möglichkeit zugesteht, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen, allerdings nur von dem Gesichtspunkte aus, daß die Verfügung dem Nacherben gegenüber unwirksam sei. Darin liegt aber ein Widerspruch, wenn wirklich die Unwirksamkeit von einer Willenserklärung des Nacherben abhängt, so ist es unmöglich, daß sich jemand vor Abgabe derselben

---

[1] vgl. Sohm a. a. O. S. 51 Anm. 3: Das Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten ist nicht nichtig. Beweis: die Möglichkeit des Wirksamwerdens nach § 185 Abs. 2.

[2] Hothorn (S. 74) will analog § 182 Abs. 2 der Genehmigung des Nacherben jede Wirkung versagen, wenn irgend jemand die Unwirksamkeit bereits geltend gemacht hat.

[3] Predari S. 637.

[4] Salinger a. a. O. S. 162.

auf die Unwirksamkeit beruft, er könnte sich höchstens auf die Möglichkeit berufen, daß die Verfügung unwirksam wird; damit wäre ihm aber nicht gedient. Richtig scheint mir die Ansicht von Planck, Hachenburg,[1] Böhm,[2] Kretzschmar[3] zu sein: Mit dem Eintritt der Nacherbfolge tritt der Zustand ein, wie wenn die Verfügung nicht vorgenommen worden wäre, jeder, der ein rechtliches Interesse hat, kann sich auf die Unwirksamkeit berufen.

Die Unwirksamkeit der Verfügung tritt, wie schon gesagt, nur ein, „insoweit als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde". Zunächst muß festgestellt werden, daß „insoweit" gleichbedeutend ist mit „wenn", „unter der Bedingung, daß" usw. ... Es ist damit zunächst ausgesprochen, daß alle Verfügungen, die der Vorerbe unter Beschränkung auf die Dauer seiner Vorerbschaft vornimmt, vollwirksam sind. Das Gesetz wollte mit dem Worte „insoweit" nicht andeuten, daß man bei einer einheitlichen Verfügung eine Teilung dahin vorzunehmen hat, inwieweit ein Teil das Recht des Nacherben beeinträchtigt und daher unwirksam ist und inwieweit die Verfügung keine Beeinträchtigung enthält, also wirksam bleibt. Es würden wohl selten Verfügungen vorkommen, die sich von diesem Gesichtspunkte aus teilen ließen (es soll damit nicht gesagt sein, daß ein Rechtsgeschäft in seiner Gesamtheit unwirksam wird, wenn neben der Verfügung noch andere Bestimmungen getroffen worden sind, so bleiben diese selbstverständlich durch § 2113 Abs. 1 unberührt und kommen die allgemeinen Grundsätze des § 139 in Betracht).

Was bedeutet das „Recht" des Nacherben? Der gleiche Ausdruck findet sich im § 2115, und der Begriff hat auch Bedeutung für die Behandlung der unentgeltlichen Verfügungen. Wie wir im ersten Teil der Arbeit gesehen, erwirbt der Nacherbe im Moment des Nacherbfalls ipso jure alle zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mit Ausnahme derer, über welche der Vorerbe wirksam verfügt hat. Aber während bei sonstigen Gegenständen der Nacherbe sich event. mit dem Surrogat begnügen muß, sollen ihm die Grundstücke und die Rechte an solchen in specie erhalten bleiben. Es gibt nun dingliche Rechte, die zeitlich begrenzt sein können, z. B. das dingliche Vorkaufsrecht. Die zeitliche Dauer kann ganz in die Vorerbschaft hineinfallen, dann würde also der Nacherbe das Recht nicht erwerben. Wenn der Vorerbe über ein solches Recht verfügt, so bleibt die Verfügung wirksam, denn ein dem

---

[1] Hachenburg, Die Einsetzung eines Nacherben S. 35.
[2] Böhm, Erbrecht S. 115.
[3] Kretschmar im ZBlFG. Bd. 12 S. 6.

Nacherben zustehendes Recht wird nicht betroffen. Die Voraussetzung der Beeinträchtigung bezw. Vereitelung des Rechts des Nacherben besagt demnach weiter nichts, als daß die Verfügung mit einem dem Nacherben anfallenden Recht im Widerspruch stehen muß oder den Anfall des Rechts an den Nacherben überhaupt verhindert. Salinger[1]) und mit ihm Brachvogel[2]) haben nun die Ansicht vertreten, daß unter Beeinträchtigung des Rechts des Nacherben eine wirtschaftliche Benachteiligung zu verstehen sei. Zuerst greife also das Surrogationsprinzip ein, und wenn dasselbe ergebe, daß der Wert des Nachlasses nicht vermindert sei, so bleibe die Verfügung wirksam. Salinger selbst gibt keine Begründung für seine Ansicht, insbesondere setzt er sich mit dem Begriffe „vereitelt" überhaupt nicht auseinander. Derselbe würde wohl nach seiner Auffassung das gleiche bedeuten müssen wie „beeinträchtigt", also überflüssig sein, oder er paßt überhaupt nicht in seine Konstruktion und widerspricht demnach ihrer Richtigkeit. Brachvogel führt zu ihrer Begründung an: Da eine Schenkung (abgesehen von Pflichts- und Anstandsschenkungen) niemals zur ordnungsmäßigen Wirtschaft gehöre, so wird man in der Fassung des § 2113 Abs. 2 ein Argument für die Richtigkeit der Salingerschen Ansicht sehen dürfen, daß die Frage, ob eine Vereitelung oder Beeinträchtigung vorliege, nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bemessen sei, daß also nicht jede rechtlich beeinträchtigende Verfügung darunterfalle". Ich kann darin kein Argument für Salinger erblicken, vielmehr scheint mir dieser Einwand eher gegen dessen Ansicht zu sein. Wenn doch der wirtschaftliche Erfolg entscheiden soll, so wäre die Fassung des Gesetzes „insoweit ... als ... beeinträchtigt" unverständlich, denn wirtschaftlich muß jede unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand den Aktivbestand des Nachlasses vermindern, es sei denn, daß man einen bestimmten Grad von Schädigungen verlangt. Ein Surrogat käme ja bei einer unentgeltlichen Verfügung nicht in Betracht. Eine Beeinträchtigung im rechtlichen Sinne wird man auch dann verneinen, wenn der Gegenstand der Verfügung durch Zufall und unter Umständen untergeht, welche auch ohne Vornahme der Verfügung seinen Untergang herbeigeführt hätten. Entscheidend für die vorgetragene Ansicht scheint mir die von Thiesing[3]) angedeutete Verkehrsunsicherheit zu sein, welche die Salingersche Ansicht nach sich ziehen würde. Thiesing weist auf den Fall hin, daß der Nacherbe die Unwirksamkeit einer Ver-

[1]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 161.
[2]) In Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 75.
[3]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 94 S. 240.

fügung des Vorerben gegen den Vertragsgenossen des Vorerben geltend macht. Die Entscheidung müßte dann davon abhängig gemacht werden, ob die Verfügung im Augenblick ihrer vielleicht lange Zeit zurückliegenden Vornahme eine für den Nachlaß günstige gewesen sei.

Salinger schwächt seine Ansicht nach einer Seite hin insofern ab, als er sagt, daß jemand, der mit einem Vorerben ein Verfügungsgeschäft über Erbschaftsgegenstände abschließt, sich stets vorhalten müsse, es könne durch die Verfügung das Recht des Nacherben beeinträchtigt werden. Er nimmt demnach nicht schon dann guten Glauben an, wenn der Verfügungsgegner nicht weiß und auch nicht wissen muß, daß die Verfügung keine Beeinträchtigung enthalte, sondern verlangt mit der herrschenden Ansicht Unkenntnis der Vorerbenqualität (oder auch Unkenntnis der Zugehörigkeit des Gegenstandes zur Vorerbschaft). § 2113 III bestimmt die entsprechende Anwendung der Grundsätze über guten Glauben. Es hindert also bloß eine Kenntnis vom Nacherbenrecht den endgültigen Erwerb eines Grundstücksrechts (§ 892 und auch § 893). Wie die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb in die theoretische Konstruktion des Vorerbenrechts passen, haben wir im ersten Teil der Arbeit gesehen.

Es wäre jetzt am Platze, den grundbuchrechtlichen Schutz des Nacherben gegen einen gutgläubigen Erwerb näher zu untersuchen. Aber die Frage soll gemeinsam mit der grundbuchrechtlichen Stellung des befreiten Vorerben behandelt werden.

Dagegen soll eine Einzelfrage erörtert werden, die mit der Bestimmung des § 2113 I zusammenhängt.

Meikel (im Recht 1905 S. 366) hat auf den Fall aufmerksam gemacht, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft und Vorerbschaft zusammentreffen. Der Nachlaß des verstorbenen Ehegatten besteht bekanntlich bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus seinem Vorbehaltsgut, wenn bloß gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind (§ 1483). Wenn der überlebende Ehegatte zum Vorerben und die Abkömmlinge zu Nacherben eingesetzt sind, so fällt die Vorerbschaft gemäß § 1485 in das Gesamtgut. Gehört nun zu dieser Vorerbschaft ein Grundstück, so ergibt sich, daß der Ehegatte zu einer Verfügung über dasselbe einmal der Zustimmung der Abkömmlinge nach §§ 1487, 1445 bedarf. Dieser Einwilligung bedarf er auch für den Fall, daß er bloß für die Zeit der Vorerbschaft verfügt. Will er aber auch mit Wirkung gegen die Nacherben verfügen, so bedarf er auch ihrer Zustimmung als Nacherben, und diese Zustimmung kann er im Klagewege erzwingen, wenn die Verfügung zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Hothorn (S. 80) ist nun der Ansicht, daß das Institut

der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Anwendung erbrechtlicher Normen ausschließe, und glaubt daher, daß eine solche Vorerbschaft Vorbehaltsgut des überlebenden Ehegatten sein soll. Dies widerspricht aber dem klaren Wortlaut des § 1485 I. Die Schwierigkeiten, die Hothorn in einer derartigen Verquickung von Vorerbschaft und Gesamtgut erblickt, scheinen mir nicht unüberwindbar zu sein. Er fragt sich, ob bei einer Auseinandersetzung die Vorerbschaft den Abkömmlingen zur Hälfte zufallen soll? Die Frage ist leicht zu beantworten, wenn der Zeitpunkt der Auseinandersetzung mit dem Eintritt der Nacherbfolge zusammenfällt. In diesem Falle erfolgt nämlich vorweg eine Trennung der Vorerbschaft von dem übrigen Gesamtgut, da die Vorerbschaft nicht mehr Vermögen des überlebenden Ehegatten ist und daher der Zusammenhang mit dem Gesamtgut aufgehoben ist. Das Schicksal der Vorerbschaft bestimmt sich dann normaliter. Wenn aber die Auseinandersetzung des Gesamtgutes vor dem Eintritt der Nacherbfolge geschieht, so wird man die regelmäßigen Auseinandersetzungsgrundsätze des § 1478 verb. mit § 1476 gelten lassen müssen. Die anteilsberechtigten Abkömmlinge erhalten dann eben die Hälfte der Vorerbschaft. Dies scheint mir nicht unbillig, da ja der überlebende Teil dafür einen größeren Teil von dem Vermögen des verstorbenen Ehegatten erhält, als ihm zugekommen wäre, wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre. Wollte man die Ansicht Hothorns annehmen, so würde es sich herausstellen, daß der Ehegatte besser gestellt wäre, wenn er bloß Vorerbe ist, wie wenn er freier Erbe des verstorbenen Ehegatten wäre, denn in letzterem Falle müßte er ja teilen, was er als Vorerbe nicht brauchte.

β) Verfügungsbeschränkungen bei Hypotheken, Grund- und Rentenschulden.

Wie schon erwähnt, enthält § 2114 Ausnahmen von dem gewöhnlichen Verfügungsrecht des Vorerben über Grundstücksrechte. Die Ausnahme bezieht sich auf bestimmte Verfügungen über Hypotheken, Grund- und Rentenschulden. Hypothek ist eine dingliche Belastung eines Grundstücks, derart, daß das Grundstück für eine bestimmte Forderung verhaftet ist. Die Grundschuld ist ebenfalls ein Recht, kraft dessen der Berechtigte Befriedigung für eine bestimmte Summe aus dem Grundstück suchen kann, aber mit dem Unterschied, daß kein persönlicher Schuldner existiert. Die Rentenschuld ist eine Grundschuld mit der Modifikation, daß das Grundstück prinzipiell für regelmäßig wiederkehrende Leistungen

haftet. In bezug auf diese Rechte soll der Vorerbe freier[1]) gestellt sein. Die Erweiterung der Befugnisse des Vorerben beruht darin, daß die durch sein Verhalten erzielten Wirkungen sich voll und ganz gegen den Nacherben richten. Schon die Kündigung der Hypothekenforderung an den Eigentümer modifiziert den Inhalt des dinglichen Hypothekenrechts. Jetzt erst kann Befriedigung aus dem Grundstück verlangt werden. Der Vorerbe kann ferner die Hypotheken „einziehen". Da über die eigentliche Zahlungsentgegennahme im Satz 2 des § 2114 besondere Vorschriften enthalten sind, so wird die „Einziehungsbefugnis" so viel bedeuten wie das Recht, die Hypothek geltend zu machen, etwa im Sinne des § 1160. Der Vorerbe kann also die Forderung, wenn sie nicht bezahlt wird, einklagen und auch die Zwangsversteigerung betreiben. Diese Handlungen stellen zwar keine Verfügungen im eigentlichen Sinne dar, aber sie lösen Verfügungswirkungen aus. Durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erlischt die Hypothek des betreibenden Gläubigers. Im Prozesse wird der Klageantrag gegen den persönlichen Schuldner immerhin auf Zahlung an den Vorerben unter Beibringung der Einwilligung des Nacherben oder auf Hinterlegung zugunsten beider lauten müssen, und wahrscheinlich wird auch das Versteigerungsgericht, wenn es von dem Klageantrag Kenntnis erlangt, den auf die geltend gemachte Hypothek fallenden Betrag des Versteigerungserlöses in einer dem § 2114 Satz 2 entsprechenden Weise auszahlen, aber ob dies eingehalten wird, ist ohne Einwirkung auf das Erlöschen der Hypothek.[2])

Die entscheidende Verfügungshandlung allerdings kann der Vorerbe nicht selbständig vornehmen. Betrachten wir zunächst nur die Hypothek. Die eigentliche Verfügung über die Hypothek ist die Tilgung der Hypothekenforderung oder genauer gesagt die Entgegennahme einer Leistung als Erfüllung derselben. Mit dem Erlöschen der Forderung nämlich geht die Hypothek entweder auf den Eigentümer über (§ 1163 Satz 2) oder sie geht auf den persönlichen Schuldner über, wenn er den Gläubiger befriedigt hat und vom Eigentümer Ersatz verlangen kann (§ 1164). Was nachher erfolgt, bedeutet bloß noch eine Verfügung über ein buch-

[1]) Dies ist bestritten von Salinger S. 166, der von der oben abgelehnten Auffassung ausgeht, daß unter „Recht des Nacherben" im Sinne des § 2113 I die wirtschaftliche Situation zu verstehen sei, und nun im § 2114 entdeckt, daß die hier geregelten Verfügungen auf eine wirtschaftliche Benachteiligung keine Rücksicht nehmen.

[2]) Es kann auch sein, daß das Gericht nichts von der Nacherbeneinsetzung erfährt, so wenn sich z. B. der Hypothekenschuldner dem Erblasser gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterworfen hat und nunmehr dem Vorerben die Vollstreckungsklausel erteilt wird.

mäßiges Recht. Eine Forderung erlischt nun regelmäßig durch Erfüllung. Zur Erfüllung gehört grundsätzlich, daß die geschuldete Leistung an denjenigen bewirkt wird, welcher über die Forderung verfügen kann. Dieses Verfügungsrecht hat der Vorerbe bei der Hypothek nicht. Er bedarf dazu der Einwilligung des Nacherben (bezw. dessen Pflegers). Ohne diese Einwilligung gilt die Hypothekenforderung als nicht erfüllt. Wenn der Nacherbe seine Einwilligung nicht erteilt, so kann der Vorerbe Hinterlegung zu seinen und des Nacherben Gunsten verlangen.[1]) Hinterlegt nun der Schuldner oder der Eigentümer den geschuldeten Betrag unter Verzicht auf Rücknahme, so erlischt die Forderung bezw. geht auf den Hinterlegenden über, wie wenn er an den Verfügungsberechtigten geleistet hätte (§ 378 BGB.). Und in diesem Falle bedarf es nur der Grundbuchberichtigung, nicht der Mitwirkung des Gläubigers, d. h. des Vorerben. Der Schuldner bezw. der Eigentümer kann nämlich von der Hinterlegungsstelle eine Erklärung über die Hinterlegung verlangen, er hat außerdem einen Anspruch auf Herausgabe des Hypothekenbriefes. — Im Falle der Zahlung an den Vorerben braucht er eine öffentlich beglaubigte Quittung des Vorerben und außerdem die Einwilligungserklärung des Nacherben, welche mit Rücksicht auf § 29 GBO. der öffentlichen Beglaubigung ebenfalls bedarf.

Wir haben bis jetzt keinen Unterschied gemacht, ob die Kündigung bezw. die Einziehung dem persönlichen Schuldner oder dem Eigentümer gegenüber erfolgt. Im allgemeinen ist die Literatur sehr schweigsam über die Frage, ob § 2114 auch dem persönlichen Schuldner gegenüber Platz greift. Es mag vielleicht der Bemerkung in den Protokollen zuzuschreiben sein, wonach es als selbstverständlich gilt, daß die rechtliche Behandlung in beiden Fällen die gleiche ist. Man muß sich aber doch sagen, daß der Vorerbe gewöhnlichen Forderungen gegenüber frei ist, daß also die Einschränkung, die § 2114 für hypothekarisch gesicherte Forderungen enthält, eine Ausnahme darstellt, die der Begründung um so mehr wert ist, als wir sehen werden, daß es wieder Ausnahmen von der Ausnahme gibt. Mit Recht hebt Hachenburg[2]) hervor, daß die persönliche Schuld bei der Hypothek nicht immer dem Schicksal des dinglichen Rechts folgt. So tilge, wenn die Forderung mit der Hypothek zediert sei, die Zahlung des gutgläubigen (persönlichen) Schuldners an den Nichtberechtigten die Obligation, sei aber ohne Einfluß auf die Hypothek. Ferner berührt auch die Kündigung an den persön-

[1]) Die juristischen Folgen der Hinterlegung im Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben sind die gleichen wie bei der Hinterlegung im Falle des § 2116 II, und es wird daher auf die Ausführungen unter b 1 verwiesen.

[2]) Hachenburg a. a. O. S. 41 f.

lichen Schuldner in keiner Weise das dingliche Recht. Anders steht es aber mit der Einziehung. Wenn der Vorerbe selbständig die persönliche Forderung einziehen könnte, so würde er damit auch die Hypothek dem Nachlaß entziehen können. Denn falls der persönliche Schuldner zahlt, entsteht, wie wir oben gesehen haben, entweder eine Eigentümerhypothek, oder die Hypothek geht auf den persönlichen Schuldner über, in beiden Fällen wäre also auch das dingliche Recht betroffen. Wollte man aber trotzdem dem Vorerben ein solches Verfügungsrecht zugestehen, so hätte dies keine große praktische Bedeutung. In den weitaus häufigsten Fällen nämlich braucht der persönliche Schuldner nur gegen Aushändigung der für die Grundbuchberichtigung erforderlichen Urkunden zu zahlen (§ 1127 verb. mit § 1144) und diese kann der Vorerbe ohne Mitwirkung des Nacherben nicht beschaffen.

Anders aber scheint mir zu entscheiden zu sein, wenn die in § 2116 zitierten Wertpapiere hypothekarisch gesichert sind. Ein stichhaltiger Grund, weshalb diese Papiere abweichend von den sonstigen Papieren ohne hypothekarische Sicherheit behandelt werden sollten, läßt sich zunächst ihrer wirtschaftlichen Bestimmung nicht entnehmen. Das gesetzgeberische Motiv, das Stammvermögen des Nachlasses dem Nacherben zu erhalten, verlangt bei privaten Schuldverschreibungen (denn diese haben hauptsächlich eine hypothekarische Sicherheit) keine erhöhteren Sicherheitsmaßregeln als bei Anlage in Staatswerten. Aber auch rechtliche Gründe scheinen mir für die hier vertretene Ansicht zu sprechen. Zuerst muß hervorgehoben werden, daß die Vergünstigung, welche § 2116 Satz 2 dem Vorerben in bezug auf Wertpapiere gewährt, die zu den verbrauchbaren Sachen gehören, für alle diese zahlreichen Fälle illusorisch gemacht würde. Ferner behandelt das Gesetz derartige verbriefte Forderungen allgemein ganz anders als sonstige hypothekarisch gesicherte Ansprüche. Nach § 1187 Satz 3 (§ 1154 Abs. 3) gelten für die Übertragungen derartiger Papiere nicht die Grundsätze der Hypothek, sondern die für die jeweilige Gattung des Papieres vorgeschriebenen Übertragungsformen. Der Connex zwischen derartigen Forderungen und der dinglichen Sicherung ist, obwohl es sich um eine Sicherungshypothek handelt, äußerst gering. Dies geht z. B. daraus hervor, daß eine Geltendmachung der dinglichen Haftung gar nicht in der Möglichkeit des einzelnen Gläubigers liegt, die ganzen Beziehungen zum Grundstück knüpfen sich nicht an den einzelnen Gläubiger, sondern an einen bestellten Vertreter.

Ein ähnliches lockeres Verhältnis zwischen Forderung und dinglichem Recht besteht bei der Maximalhypothek, so daß sich die Frage aufwerfen läßt, ob die Verfügungsbefugnis des Vorerben über die einzelnen gesicherten Forderungen der Einschränkung des

§ 2114 unterliegt. Bei denjenigen Rechtsverhältnissen, bei denen Maximalhypotheken vorkommen, erscheinen die einzelnen Forderungen nicht als hypothekarisch gesicherte Ansprüche, sondern als gewöhnliche Rechnungsposten. Man denke z. B. an ein Kontokorrent, bei dem die Ansprüche des Vorerben hypothekarisch gesichert sind. Sollte es hier dem Vorerben verboten sein, das Saldo zu ziehen? Es trifft hier übrigens das früher erwähnte gesetzgeberische Motiv nicht zu; denn derartige Forderungen dienen nicht zu Anlagezwecken.

Für Grund- und Rentenschulden gilt das bisher Gesagte, natürlich mit Ausnahme dessen, was sich auf einen persönlichen Schuldner bezieht. Bei der Rentenschuld kommt außerdem ein Kündigungsrecht des Vorerben nicht in Betracht. Nach § 1201 kann bloß der Eigentümer eine Ablösung der Rentenschuld betreiben, und er allein hat ein Kündigungsrecht (§ 1202.)

Von Salinger[1]) ist behauptet worden, daß § 2114 keine Anwendung finde, wenn die Zahlung der Hypothek vom Eigentümer bezw. persönlichen Schuldner freiwillig angeboten würde. Wir haben oben gesehen, daß die Tilgung der Hypothekenforderung und damit der Übergang der Hypothek bezw. die Entstehung der Eigentümerhypothek von der Verfügungsmacht desjenigen abhängt, an den die Leistung erfolgt. Nun hat aber der Vorerbe die freie Verfügungsmacht nicht. Salinger stützt sich auf § 2114 Satz 3.[2]) Damit wäre höchstens zu beweisen, daß die Annahme und Quittierung insoweit unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen würde. Aber es ist kein Grund vorhanden, diesen Fall anders zu behandeln, als wenn der Vorerbe den Anstoß zu der Tilgung gibt. Das Schutzbedürfnis des Nacherben ist hier nicht geringer als im ersten Fall.

Dagegen ist die Frage zu bejahen, ob die Kündigung des Schuldners an den Vorerben gegen den Nacherben wirksam ist. Die Wirksamkeit eines verfügenden Gestaltungsgeschäfts hängt bekanntlich davon ab, ob der Erklärungsempfänger seinerseits verfügungsberechtigt ist.[3]) Dies trifft beim Vorerben in bezug auf diese Rechtswirkung zu.

§ 2114 bestimmt für die bis jetzt besprochenen Verfügungen nicht, ob der gute Glaube geschützt werden soll. Nehmen wir z. B. an, der Grundstückseigentümer zahlt an den Vorerben die durch eine Sicherungshypothek geschützte Schuld, weil kein Nacherbenvermerk im Grundbuch enthalten war. Greift § 893 nicht ein?

[1]) a. a. O. S. 167.
[2]) a. a. O. Anm. 90.
[3]) vgl. Sohm, Der Gegenstand S. 12.

Wir haben im ersten Teil der Arbeit gefunden, daß die Bestimmung des § 2113 Abs. 3 sich erübrigt hätte, da der Vorerbe für die Zeit nach Eintritt der Nacherbfolge Nichtberechtigter ist. Eine Verfügung, die er vornimmt, teilt sich, wie schon einmal gesagt, in die eines Berechtigten und die eines Nichtberechtigten. Soweit nun der Mangel der Berechtigung Unwirksamkeit herbeiführen würde, tritt Heilung ein auf Grund des guten Glaubens. Das gleiche hat auch zu gelten, soweit der gute Glaube bei Rechtsgeschäften nützt, die **gegenüber** einem Dritten vorgenommen werden.

Nach § 2114 Satz 3 finden auf andere Verfügungen als Kündigung und Einziehung die Grundsätze des § 2113 Anwendung. Als solche Verfügungen sind hauptsächlich die Übertragung und Aufhebung der Hypothek, Grund- und Rentenschulden zu erwähnen. Der Vorerbe kann also bloß unter Vorbehalt der Nacherbfolge die in Frage stehenden Rechte veräußern. Er kann sie aber auch unter demselben Vorbehalt aufheben, denn wir haben gesehen, daß die Löschung von Immobiliarrechten wie jede andere Verfügung zu behandeln ist.

Für diese und die sonst in Betracht kommenden Verfügungen gilt der Satz, daß sie so weit unwirksam werden, als sie die Rechte des Nacherben beeinträchtigen. Nach dem Kommentar der Reichsgerichtsräte (S. 535) gilt eine formale Rechtsänderung wie die Verwandlung einer Buchhypothek in eine Briefhypothek nicht als Beeinträchtigung. Dem wird man wohl die Umwandlung der einen Art des Grundstückspfandrechts gegen eine andere Art gleichstellen müssen, vorausgesetzt natürlich, daß der gesicherte Betrag derselbe bleibt. Vielleicht muß man das aber einschränken auf die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld, da bei der Rentenschuld das Kündigungsrecht des Gläubigers ausgeschlossen ist und insofern eine Beeinträchtigung des Nacherben vorliegen könnte. Als eine Verfügung, durch welche die Rechte des Nacherben nicht beeinträchtigt werden, gilt auch die Besserung in der Rangstellung eines Grundpfandrechts. Auch eine Teilung der Hypothek nach § 1151, 1152 wird der Vorerbe unbeschränkt vornehmen können. Anders ist die Frage, ob er bei einer Gesamthypothek ein Grundstück aus der Haft entlassen kann. Dies wird nämlich bloß dann zu bejahen sein, wenn dadurch die Sicherheit der Hypothek nicht vermindert wird. Nach Hachenburg (a. a. O. S. 36) soll der Vorerbe auch mit Wirkung gegen den Nacherben vereinbaren können, daß eine Hypothek für eine neue Forderung haften soll.

Kann der Vorerbe die ihm nach § 1128 in Verb. mit §§ 1281 ff. zustehenden Rechte selbständig ausüben? Kann er insbesondere verlangen, daß die Versicherungssumme an ihn und den Eigen-

tümer gemeinsam gezahlt wird, oder bedarf er dazu der Einwilligung des Nacherben? Eine Verfügung über die Hypothek enthält dieses Verlangen noch nicht, wohl aber erlischt dadurch oder besser gesagt durch den Empfang der geschuldeten Summe die Haftung der Forderung gegen die Versicherungsgesellschaft. Man wird es ihm aber doch gestatten müssen mit Rücksicht auf seine Einziehungsbefugnis. Dagegen wird man ihm die Einziehung der Forderung gegen den Versicherer gemäß § 1282 nicht erlauben, da darin eine Verfügung über die Hypothek enthalten ist.

Kann der Vorerbe über eine Eigentümerhypothek verfügen? Ist eine solche als ein zur Erbschaft gehöriges Recht an einem Grundstück anzusehen? Betrachten wir zunächst die Eigentümergrundschuld, so liegt ihre Bedeutung darin, daß sie im Zwangsversteigerungsverfahren nach ihrem Umfang und Rang berücksichtigt wird. Daß dies für den Eigentümer äußerst wichtig sein kann, ergibt sich z. B. in dem Fall, daß er für die nachstehenden Belastungen nicht persönlich haftet. Außerdem gewährt sie dem Eigentümer die Möglichkeit, ohne neue Eintragung dieses Grundpfandrecht auf einen Dritten zu übertragen, freilich unter Zugrundelegung einer neuen Forderung. Die forderungsbegleitete Eigentümerhypothek gewährt dieselben Vorteile, außerdem aber noch den, daß sie mit der ursprünglichen Forderung weiterübertragen werden kann. Die beiden Arten haben also ohne Zweifel den Charakter von Rechten und werden daher auch hier den übrigen gleichzustellen sein.

Schließlich sei noch bemerkt, daß der Vorerbe keiner Beschränkung unterliegt, soweit es sich um Forderungen auf Zinsrückstände handelt; denn diese gehören nicht zur Erbschaft.

2. Beschränkungen hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen.

Die Verfügungen, die der Vorerbe unentgeltlich oder zur Erfüllung eines von ihm[1]) erteilten Schenkungsversprechens vornimmt, sollen nach § 2113 Abs. 2 wie die Verfügungen über Grundstücke behandelt werden. Es ist also damit gesagt, daß dieselben im Momente der Nacherbfolge ipso jure unwirksam werden, wenn sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen (für die Bedeutung dieser Voraussetzung wird auf die früheren Ausführungen verwiesen). Es ist von Hachenburg[2]) früher behauptet worden, daß hier bloß ein relatives Veräußerungs-

[1]) Also nicht, wenn es sich um Erfüllung eines vom Erblasser erteilten Versprechens handelt (vgl. aber § 520).

[2]) Die Einsetzung eines Nacherben S. 44 ff. Die Ansicht ist von ihm aufgegeben worden in DNotZ. 1906 S. 322.

verbot vorliegen könne, weil ja die unentgeltlichen Verfügungen ohne Rücksicht auf die Art des betroffenen Gegenstandes unwirksam werden und man ein bedingtes Recht des Vorerben nicht für alle Erbschaftsgegenstände annehmen könnte, da es doch sonst bei allen Verfügungen des Vorerben hervortreten müßte. Ich glaube, daß die Auffassung des Vorerbenrechts, die ich im ersten Teil der Arbeit vertreten habe, diese Bedenken beseitigt. Der Vorerbe hat eben zu unentgeltlichen Verfügungen nicht die erweiterte Verfügungsmacht, um auch über seine Zeit hinaus wirksam verfügen zu können.

Wir haben unter dem zweiten Teil der Arbeit den Begriff der Verfügung auseinandergesetzt. Von den daselbst angeführten Rechtsgeschäften können hier aus Gründen, die wir gleich kennen lernen werden, die sogen. Gestaltungsgeschäfte nicht in Betracht kommen (über die „Ausschlagung" s. weiter unten).

Das Gesetz stellt den unentgeltlichen Verfügungen diejenigen gegenüber, die zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens erfolgen. Der juristische Unterschied dabei ist, daß bei letzteren die Verfügung selbst nicht mehr donandi causa, sondern solvendi causa erfolgt. Da das Gesetz diesen Fall ausdrücklich erwähnen zu müssen glaubte, läßt sich hieraus ein Schluß auf seine Auffassung der unentgeltlichen Verfügungen ziehen. Überall wo eine Erfüllung einer Rechtspflicht vorliegt, kann von einer unentgeltlichen Verfügung nicht die Rede sein. Nach Hachenburg[1] sind unentgeltlich alle diejenigen Verfügungen, die nicht ein Recht des Leistenden erzeugen oder eine Pflicht desselben tilgen. Diese Definition ist aber in ihrem ersten Teil insofern ungenau, als nach derselben alle die Verfügungen entgeltlich wären, durch welche für den Leistenden ein Recht erzeugt wird, das in keinem Verhältnis mit der Leistung steht. Nach Kretschmar[2] soll daher das Merkmal der unentgeltlichen Verfügungen darin bestehen, daß ihnen kein ernstlich gemeintes Entgelt gegenübersteht. Hothorn[3] sieht das Charakteristikum der Unentgeltlichkeit in einem „Ärmerwerden" desjenigen, auf dessen Vermögen die Verfügung sich bezieht. Dem kann aber nicht ohne weiteres zugestimmt werden. Das Merkmal trifft dann nicht zu, wenn die Parteien eine Leistung gegen die andere, die ihrer Ansicht nach gleichwertig sind, austauschen und es sich herausstellt, daß die eingetauschte Leistung hinter dem Werte der hingegebenen zurückbleibt.

Die unentgeltlichen Verfügungen umfassen die Schenkungen. Sie können sowohl das Vermögen des Gegners um ein Aktivum

[1] In DNotZ. 1906 S. 327.
[2] ZBlFG. 1911/11 S. 2 Anm. 1.
[3] a. a. O. S. 88.

vermehren — die Zuwendungen im eigentlichen Sinne — als auch um ein Passivum vermindern. Also auch der Schulderlaß gehört hierher. Aber immer müssen es Verfügungen sein, wenn § 2113 Abs. 2 eingreifen soll. Es dürfen einmal anders als im Sinne des § 32 KO. keine Verpflichtungsgeschäfte sein; dann aber müssen es Rechtsgeschäfte sein und nicht bloß juristische Tatbestände, die Verfügungswirkungen auslösen, aber nicht, weil sie gewollt sind, sondern unabhängig von einem Willen der beteiligten Personen. Dieser Gedanke wird in der Literatur meist durch die Redewendung zum Ausdruck gebracht, es gehöre zum Begriffe der unentgeltlichen Verfügung eine Tätigkeit. Dies ist ungenau, es gibt auch Unterlassungen rechtsgeschäftlicher Natur, z. B. die Willenserklärungen durch Stillschweigen. Wenn bei letzteren die Rechtsfolgen auch nicht stets gewollt sind und nicht gewollt zu sein brauchen, so ergibt sich ihre rechtsgeschäftliche Natur doch daraus, daß das Gesetz die Rechtsfolgen einem fingierten Willen zuschreibt. Groth (a. a. O. S. 47) nimmt allerdings auch bei bewußter Versäumung der Verjährungsunterbrechung und bei beabsichtigtem Ersitzenlassen eine unentgeltliche Verfügung an. Dies wird man aber nach dem oben Gesagten ablehnen. Die Verjährung und Ersitzung tritt auf Grund des Zeitablaufs, nicht auf Grund des Willens des Vorerben ein.

Hothorn (S. 90 ff.) konstruiert, von dem Gedanken ausgehend, daß der Zweck der Nacherbschaft die größtmögliche Erhaltung des erblasserischen Vermögens erfordere, eine zweite Gattung unentgeltlicher Verfügungen, sogen. „relativ unentgeltliche Verfügungen". Es sind dies solche, bei denen zwar ein Entgelt vorliegt, das aber nicht dem Erbschaftsvermögen zugute kommt, sondern in das Eigenvermögen des Vorerben fällt. Er denkt hauptsächlich an die Tilgung von Eigenverbindlichkeiten. Gegen eine Benachteiligung hierdurch müsse dem Nacherben ein dinglicher Schutz gewährt sein wie bei sonstigen unentgeltlichen Verfügungen. Insbesondere beim befreiten Vorerben müsse ein solcher Schutz gegeben sein. In seiner Begründung sagt Hothorn, daß diese Fälle identisch seien mit der schenkungsweisen Tilgung der Schuld eines anderen (z. B. des B); nur die Person des Bereicherten sei verschieden. Hier der B, dort der Vorerbe selbst, aber beide Male eine Bereicherung ohne Äquivalent für den Nachlaß. Es ist doch klar, daß beide Fälle nicht dasselbe sind. Hier der dem Erblasser fremd gegenüberstehende B, dort der Vorerbe, der immerhin einen gewissen Vorteil von der Vorerbschaft haben soll, der ja im Falle der befreiten Vorerbschaft die Erbschaftsgegenstände ohne Ersatzpflicht für sich verwenden kann. Daß aber auch der Sinn des § 2134 seiner Konstruktion ent-

gegensteht, hat Hothorn wohl gefühlt. Er sucht aber das Bedenken dadurch zu beseitigen, daß er sagt, neben § 2134 habe ein dinglicher Schutz noch Platz. Wenn die Ansicht Hothorns richtig wäre, so könnte der Nacherbe vom befreiten Vorerben entgegen dem § 2134 verb. mit § 2136 nach § 2138 Abs. 2 Ersatz verlangen, wenn die Leistung vom Empfänger nicht mehr zurückzuerlangen wäre. Übrigens haben wir unter A II a des dritten Teils der Arbeit gesehen, daß der Nacherbe durch das Surrogationsprinzip vor Schaden durch Tilgung von Eigenverbindlichkeiten des Vorerben schon hinreichend geschützt ist.

Die Gestaltungsgeschäfte, von denen wir eingangs gesprochen haben, können nie unentgeltlich im eigenen Sinne sein. In ihrem Wesen liegt es, daß sie zu gegnerischen Lasten erfolgen. Dann sind sie überhaupt keine abstrakten Geschäfte, die Rechtssätze von der Causa finden auf sie keine Anwendung.[1]) Wie verhält es sich aber mit der Ausschlagung einer dem Erblasser angefallenen Erbschaft? Wir haben unter dem zweiten Teil der Arbeit gegen Sohm die Ansicht vertreten, daß sie eine Verfügung ist. Planck[2]) hält sie deswegen nicht für eine unentgeltliche Verfügung, weil die Ausschlagung sich nicht als Aufgabe eines bereits erworbenen, sondern als Nichtannahme eines angetragenen Rechts darstelle. Der Erbschaftsanfall trage nur einen formalen Charakter. Die meisten Gesetzesstellen, auf die sich Planck und mit ihm die herrschende Ansicht beruft, scheinen mir kein Argument zu enthalten, das auch beim Vorerben zutreffen würde. Wenn z. B. dem Gemeinschuldner das Ausschlagungsrecht verbleibt, ja sogar die vor Konkurseröffnung erfolgte Ausschlagung vom Konkursverwalter nicht angefochten werden kann, wie das Reichsgericht meint, so beruht dies darauf, daß hier auf persönliche Momente, die bei der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft eine Rolle spielen können, Rücksicht genommen werden soll. Solche persönlichen Momente können aber, wo es sich um zwei vom Erblasser eingesetzte Personen handelt, nur berücksichtigt werden, wenn sie bei beiden vorliegen. Aber selbst, wenn die Plancksche Begründung richtig wäre, würde dies angetragene Recht schon zur Erbschaft gehören und daher als „Erbschaftsgegenstand" behandelt werden müssen. Doch meiner Ansicht nach begründet der Erbschaftsanfall schon ein wirkliches Recht. § 527 z. B. spricht von einem „angefallenen, noch nicht endgültig erworbenen Recht" und daneben trotzdem von Ausschlagung der Erbschaft; dies wäre doch überflüssig gewesen, wenn auch der Erbanfall ein noch nicht end-

[1]) Sohm a. a. O. S. 12 f.
[2]) Anm. 2 zu § 2113 verb. mit Anm. 6 zu § 1952.

gültig erworbenes Recht bedeutet. Wie Stampe (DJZ. 1905 S. 421) betont, steht die Annahme eines bloß vorläufigen Erwerbs der Erbschaft im Widerspruch mit § 1922. Wenn nun § 517 bestimmt, daß die Ausschlagung keine Schenkung sei, so steht das der Annahme einer unentgeltlichen Verfügung nicht im Wege; denn unentgeltliche Verfügung ist ja nicht gleichbedeutend mit Schenkung. Das Recht des Nacherben wird durch eine Ausschlagung beeinträchtigt. Die Unwirksamkeit der Ausschlagung ist die gleiche wie bei sonstigen unentgeltlichen Verfügungen. Was von der Ausschlagung der Erbschaft gilt, ist auch von der Ausschlagung eines dem Erblasser angefallenen Vermächtnisses zu sagen.

Unentgeltliche Verfügungen sind nun in zwei Fällen wirksam: Wenn der Verfügungsgegner im guten Glauben war, so bleibt die Verfügung dem Nacherben gegenüber wirksam. Der gute Glaube bedeutet wie bei Verfügungen des Vorerben über Grundstücke und Grundstücksrechte Unkenntnis der Zugehörigkeit des Verfügungsgegenstandes zur Vorerbschaft. Guter Glaube ist auch dann gegeben, wenn der Verfügungsgegner nicht wußte, daß er es mit einem Vorerben zu tun habe. Der gute Glaube nützt aber, wie die Fassung des § 2113 Abs. 3 ergibt, bloß in den Fällen, in denen er vom Gesetz generell angeordnet ist, also bei Verfügungen über bewegliche Sachen und Grundbuchrechte und bei bestimmten durch Indossament übertragbaren Papieren. Wenn der Vorerbe aber eine zur Erbschaft gehörige (nicht verbriefte) Forderung zediert, so wird die Zession mit dem Eintritt des Nacherbfalles unwirksam. Wie steht es, wenn inzwischen der Schuldner an den Zessionar bezahlt hat? Kennt er die Unentgeltlichkeit der Zession nicht oder weiß er nicht, daß der Zedent bloß Vorerbe ist, so entspricht es der Billigkeit, daß er befreit wird. § 409 findet allerdings keine direkte Anwendung, denn derselbe verbietet bloß dem Zedenten, sich auf die Unwirksamkeit der Zession zu berufen. Aber wie wir gesehen haben, hat die Unwirksamkeit, welche mit der Nacherbfolge eintritt, keine rückwirkende Kraft. Während der Vorerbschaft ist der Zessionar Gläubiger, ein Schuldner wird aber frei, wenn er an den Gläubiger zahlt; was nach der Zahlung eintritt, kann auf das Erlöschen der Forderung keinen Einfluß mehr haben. Wenn ein Schuldner an den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung, aber nach Zahlungseinstellung und in Kenntnis derselben leistet, so wird er frei. Hier verliert der Gläubiger mit Konkurseröffnung zwar nicht sein Recht, aber doch seine Verfügungsmacht, und trotzdem soll diese Erfüllung der Anfechtung durch den Konkursverwalter nicht unterliegen (Motive zur Konkursordnung S. 121). Ähnlich scheint mir nun der Fall zu liegen, wenn der Schuldner die Unentgeltlich-

keit der Zession und die Vorerbeneigenschaft des Zedenten kennt und trotzdem an den Zessionar zahlt. Wenn die Zahlung freilich in der Absicht erfolgt, den Nacherben zu beeinträchtigen (Zedent und Zessionar sind z. B. vermögenslos), so wird man die Erfüllung nach § 138 für nichtig erklären müssen. Andere Verfügungen als die Zahlung wird man für unwirksam halten müssen. Ein Erlaß der Forderung z. B. hat den Nacherben gegenüber keine Wirksamkeit. Hothorn weist mit Recht darauf hin, daß derartige Verfügungen der Bestimmung einer Forderung widersprechen und daher keine Begünstigung verdienen.

Ob der Nacherbe vom Zessionar unmittelbar nach § 816 Abs. 2 Herausgabe des Empfangenen verlangen kann, scheint mir zweifelhaft. Im Moment, wo der Zessionar die Leistung vom Schuldner empfängt, ist er Berechtigter und der Nacherbe Nichtberechtigter. Doch ist vielleicht eine analoge Anwendung am Platze, weil der Zessionar, wenn er die Forderung nicht eingezogen hätte, im Moment der Nacherbfolge ebenfalls seine Bereicherung verlieren würde.[1])

Dagegen glaube ich, daß derjenige, welcher auf Grund seines guten Glaubens einen Erbschaftsgegenstand unentgeltlich erworben hat, zur Herausgabe desselben verpflichtet ist; denn er hat ihn, was die Zeit nach Eintritt der Nacherbfolge angeht, von einem Nichtberechtigten erworben. § 816 Abs. 1 Satz 2 trifft direkt zu.

Der zweite Fall nun, in dem unentgeltliche Verfügungen oder genauer gesagt Schenkungen voll wirksam sind, ist der, daß dieselben einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Zu den Schenkungen, die einer sittlichen Pflicht entsprechen, werden die remuneratorischen Schenkungen des römischen und gemeinen Rechtes zu rechnen sein. Nach Planck (Bd. 2 S. 444) kommt auch die sittliche Pflicht zur Wohltätigkeit in Betracht, was allerdings vom Reichsgericht[2]) verneint wird. Schenkungen mit Rücksicht auf den Anstand sind die meisten Schenkungen des täglichen Lebens. Aber man wird im Sinne des § 2113 Abs. 2 eine sittliche Pflicht und die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht bloß dann annehmen, wenn sie gerade eine Schenkung aus dem Nachlaß erheischen. Es ist in der Literatur die Ansicht vertreten, daß der Vorerbe zu Verfügungen, die er nicht selbständig vornehmen kann, die Einwilligung des Nacherben verlangen könne, wenn die Verfügung durch eine sittliche Pflicht geboten sei. Abgesehen davon, daß

[1]) So auch Hothorn S. 84.
[2]) RG. Bd. 70 S. 15.

solche Fälle äußerst selten sind, würde eine derartige Annahme dem Wortlaut des § 2120 widersprechen.

Wie steht es mit unentgeltlichen Verfügungen zugunsten des Nacherben, insbesondere mit einer Ausstattung, die der Vorerbe dem Nacherben gewährt? Nach Planck[1]) soll die Unwirksamkeit nach § 2118 Abs. 2 entfallen, wenn der Nacherbe gewußt hat, daß es sich um eine Leistung mit Mitteln der Vorerbschaft handelt, und wenn er unbeschränkt geschäftsfähig ist. Wenn diese Ausnahme aber nicht vorliege, so stelle sich die Unwirksamkeit der Verfügung insofern heraus, als mit Eintritt des Nacherbfalles der Verfügungsgegenstand dem Nacherben nicht mehr auf Grund der Verfügung des Vorerben, sondern als Erbschaftsgegenstand gehöre. Den praktischen Unterschied zeigt Planck an der Behandlung im Falle eines Konkurses über das Eigenvermögen des Nacherben bei gleichzeitiger Nachlaßabsonderung. In dem einen Fall gehöre der betreffende Gegenstand zur Konkursmasse, im andern Fall zum abgesonderten Nachlaß. Ob diese Folgerung richtig ist, mag dahingestellt bleiben, es ließe sich die Frage aufwerfen, ob der Nacherbe nicht einen solchen Gegenstand in seiner Eigenschaft als Erbe erworben hat und daher zum Nachlaß herausgeben muß? Es ist aber ferner fraglich, ob nicht derartige Verfügungen in allen Fällen gültig sind, weil dieselben das Recht des Nacherben nicht beeinträchtigen.

Sind mehrere Nacherben vorhanden und hat der Vorerbe einem derselben (seinem Kinde) eine seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Ausstattung aus der Erbschaft gewährt, so ist das nach Planck eine unentgeltliche Verfügung. Die gleiche Ansicht verteidigt Hachenburg,[2]) von seiner obenerwähnten Definition ausgehend, daß jede Verfügung unentgeltlich ist, durch die nicht ein Recht des Leistenden erzeugt oder eine Pflicht desselben getilgt wird. Man wird ihm beistimmen müssen, wenn er behauptet, daß § 1624 Abs. 1 bloß die Grundsätze der Schenkung ausschließt, nicht jedoch das Vorliegen einer unentgeltlichen Verfügung überhaupt. Auch die Annahme, daß die Ausstattung einer sittlichen Pflicht entspreche, trifft nach Hachenburg nicht zu, denn es bestehe keine sittliche Pflicht der vermögenslosen Eltern, aus dem ihnen nicht definitiv gehörenden Vermögen eine Ausstattung zu gewähren. Anders liegt es, wie Planck und Hachenburg erwähnen, mit der Aussteuer. Da die Tochter einen rechtlichen Anspruch auf dieselbe hat, so liegt in der Gewährung der Aussteuer die Erfüllung einer Eigenverbindlichkeit. Der Vorerbe muß

[1]) Bd. 5 S. 429.
[2]) DNotZ. 1906 S. 327.

dem Nacherben daher nach § 2134 Ersatz leisten, wenn er die Aussteuer der Erbschaft entnommen hat.

b) Auf Verlangen des Nacherben eintretende Beschränkungen.

1. Hinsichtlich der Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere.

Entgegen den bis jetzt besprochenen Fällen treten die nachfolgend zu erörternden Beschränkungen bloß auf Verlangen des Nacherben bezw. seines Pflegers ein. Aber es wird sich herausstellen, daß diese Maßregeln viel stärker in die Verfügungsmacht des Vorerben eingreifen als die von Gesetzes wegen dem Vorerben auferlegten Schranken. Der Vorerbe ist verpflichtet, die zur Erbschaft gehörenden Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere auf Verlangen des Nacherben zu hinterlegen, und zwar mit der Bestimmung, daß er die Herausgabe nur mit Zustimmung des Nacherben verlangen darf. Durch die Vorschrift werden alle Arten Inhaberpapiere, wie Schuldverschreibungen auf den Inhaber, Aktien auf den Inhaber usw., also alle die Wertpapiere betroffen, bei denen die Geltendmachung des verbrieften Rechts dem jeweiligen Inhaber zusteht. Nicht hierher gehören die sogen. Inhaberzeichen. Von den sogen. Nebenpapieren, die auf den Inhaber lauten, sind bloß die Erneuerungsscheine, nicht dagegen die Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine zu hinterlegen. (Soweit übrigens die drei letztgenannten Papiere vor dem Nacherbfall fällig werden, gehören sie dem Vorerben als Nutzung, bilden also keine Erbschaftsgegenstände, so daß sich die Ausnahme auch von selbst ergeben hätte.) Zu den Orderpapieren mit Blankoindossament können z. B. Bodmereibriefe, Konossemente, Namensaktien, Kuxscheine usw. gehören. Für alle Papiere fällt die Hinterlegungspflicht weg, wenn sie als verbrauchbare Sachen anzusehen sind. Unter diese Ausnahme fallen vor allem Banknoten, Reichskassenscheine, aber auch die sonstigen Wertpapiere können als verbrauchbar gelten, wenn sie z. B. im Spekulationshandel angeschafft sind. Aus diesen einzelnen Ausnahmen ergibt sich die gesetzgeberische Absicht, alle diejenigen Papiere, welche der festen Vermögensanlage dienen, dem Nacherben zu erhalten zu suchen, ähnlich wie die Grundstücke und Grundstücksrechte. Aber das Mittel, das der Gesetzgeber hier angewandt hat, ist energischer als bei den früher genannten Vermögensgegenständen. § 2116 Abs. 2 bestimmt, daß der Vorerbe über die hinterlegten Papiere nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann. Er kann also anders wie in § 2113 auch

nicht für die Zeit seiner Berechtigung wirksam verfügen. Wie Planck (Bd. 5 Bem. 3 zu § 2116) erwähnt, war man in der 2. Kommission bei Beratung dieses Paragraphen im Zweifel, ob nicht schon aus § 2116 Abs. 1 sich die Unwirksamkeit einer Verfügung des Vorerben über die hinterlegten Papiere ergeben würde. Es fragt sich, welche rechtliche Wirkung die Hinterlegung mit der in § 2116 Abs. 1 vorgeschriebenen Klausel hat. Nach Hachenburg (Einsetzung eines Nacherben S. 37) erwirbt der Nacherbe durch die Hinterlegung ein Mitrecht an den hinterlegten Papieren. Was Hachenburg unter Mitrecht versteht, ist mir allerdings unklar. Er behauptet einmal (S. 39): „Es liegt hier also einer der Fälle der Bindung eines Rechts vor ... in der Weise ... daß es einer Mehrheit von Subjekten zusteht ...“; sodann vergleicht er die Verfügung des Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben mit der Verfügung eines „Grundmiteigentümers“ über eine Dienstbarkeit, während er aber S. 37 davon spricht, daß der Vorerbe sich selbst eine Verfügungsbeschränkung auferlege, er verzichte auf seine Dispositionsfreiheit. Er vergleicht diesen Fall auch mit der Bestimmung, daß der Vormund zur Verfügung über deponierte Wertpapiere der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Die Ansicht Hachenburgs scheint mir widerspruchsvoll zu sein, jedoch wird von anderen Autoren[1]) ebenfalls eine Mitberechtigung angenommen, was ich jedoch nicht für richtig halte. Diese Annahme entspricht nicht der Auffassung des Gesetzgebers. Die in den Protokollen (II Bd. 5 S. 107 f.) aufgeworfenen Bedenken über die Erforderlichkeit des § 2116 Abs. 2 gingen davon aus, daß sich der Vorerbe der Verfügungsbefugnis begebe. Weil dies an und für sich mit § 137 im Widerspruch stände, müßte die Wirksamkeit dieser Aufgabe ausdrücklich festgestellt werden. Wenn dem Nacherben wirklich schon ein subjektives Recht zusteht, und zwar deshalb, weil es ihm der Vorerbe durch die Hinterlegung einräumt, wie ist dann zu erklären, daß es von selbst wieder wegfällt, wenn die Papiere auf irgendeine Weise in den Besitz des Vorerben zurückgelangen? Denn das wird allgemein zugegeben, daß der Vorerbe wieder freie Hand über diese Papiere hat, wenn die Hinterlegung aufhört. Meiner Ansicht nach liegt hier ein Ausschluß der Verfügungsbefugnis vor, der äußerlich in der Hinterlegung hervortritt. Das scheint mir auch durch den Fall bestätigt zu werden,[2]) daß der Vorerbe von seinem Recht Gebrauch macht, die Inhaberpapiere auf seinen Namen mit der Bestimmung umschreiben zu lassen, daß er nur mit Zustimmung

[1]) z. B. Salinger im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 158, insbes. Anm. 63.
[2]) Der in der Literatur gleich dem obigen behandelt wird.

des Nacherben verfügen kann. Wenn hier eine Mitberechtigung vorliegen sollte, so hätte das Gesetz doch bestimmt, daß die Papiere auf die Namen beider umschrieben werden müssen, das wäre doch der übliche Ausdruck für eine Mitberechtigung gewesen. Auch wären die Autoren, welche eine Mitberechtigung annehmen, schwerlich geneigt, die Konsequenz aus ihrer Ansicht für das Gebiet des Strafrechts zu ziehen. Wenn eine Mitberechtigung vorliegt, so würde auch Miteigentum an der Urkunde entstehen, und eine vorsätzliche Beschädigung derselben müßte demnach strafbar sein. Die Tatsache, daß Mitberechtigung an den hinterlegten Papieren vorliegt, müßte sich äußern, wenn ein Nachlaßgläubiger die hinterlegten Papiere pfänden wollte. Werden die Vertreter der angegriffenen Auffassung ein Urteil gegen Vorerben und Nacherben zusammen verlangen? Wenn ja, wie würden sie die Passivlegitimation des Nacherben vor dem Nacherbfall begründen?

Der Vorerbe kann also über die hinterlegten Papiere und die umgeschriebenen Inhaberpapiere nicht verfügen. Verfügt er trotzdem, so ist die Verfügung unwirksam, und zwar sofort und gegenüber jedermann. Die Grundsätze des guten Glaubens kommen bei den hinterlegten Papieren deswegen nicht in Betracht, weil der Vorerbe Berechtigter ist, nur nicht verfügungsberechtigt, nicht wie Strohal meint, weil der Vorerbe nicht mittelbarer Besitzer derselben ist. Er ist ebenso, wie er allein Berechtigter ist, auch alleiniger mittelbarer Besitzer. Bei Verfügungen über die umgeschriebenen Papiere kann wohl ein gutgläubiger Erwerb überhaupt nicht vorkommen, ein solcher würde aber aus dem gleichen Grunde wie bei den hinterlegten Papieren nicht geschützt werden.

Wenn die Hinterlegungsstelle dem Vorerben unbefugterweise die Papiere ausliefert, so macht sie sich dem Nacherben gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn die Nacherbfolge eintritt, weil sie dem Hinterlegungsvertrag zuwiderhandelt.

Wie schon angedeutet, hat der Vorerbe das Recht, statt dem Verlangen des Nacherben Folge zu leisten, die Umschreibung der Inhaberpapiere auf seinen Namen in der Weise vornehmen zu lassen, daß sich aus dem Vermerk der Mangel der Verfügungsbefugnis ergibt. Er hat diesen Weg dann nicht, wenn der Aussteller sich weigert, die Umschreibung vorzunehmen, für denselben besteht nämlich nach Reichsrecht keine Verpflichtung dazu (vgl. § 806). Hingegen hat der Vorerbe bei verbrieften Rechten gegen das Reich oder einen Bundesstaat die Möglichkeit, die Papiere in Buchforderungen umzuwandeln. Die Eintragung dieser Forderungen muß auf seinen Namen erfolgen, und zwar mit einem analogen Vermerk wie bei der Umschreibung von Inhaberpapieren. Die Eintragung mit dem entsprechenden Vermerk hat die gleiche

Wirkung wie die Hinterlegung. Es ist noch zu erwähnen, daß sich § 2116 nicht auf Legitimationspapiere bezieht, und zwar hat man die Legitimationspapiere deshalb nicht diesem besonderen Schutze unterstellt, weil der Vorerbe auch über sonstige verzinsliche Forderungen frei verfügen könne.[1]) Diese Ausnahme wird praktisch die Folge haben, daß der Vorerbe, der nach § 2119 flüssig Geld anlegen muß, öffentliche Sparkassen für die Anlegung bevorzugen wird gegenüber der Anlage in Staatspapieren.

2. Hinsichtlich der Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat.

Der Nacherbe hat es auch in der Macht, dem Vorerben die Verfügungsbefugnis an Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat zu entziehen. Nach § 2118 kann er verlangen, daß der Vorerbe einen Vermerk eintragen läßt, wonach er nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen darf. Die Eintragung dieses Vermerks hat dieselbe Wirkung, die wir im vorigen Abschnitt kennen gelernt haben. § 2118 enthält zwar keine dem § 2116 Abs. 2 entsprechende Bestimmung, aber wie Planck (Komm. zu § 2118 Bem. 2) ausführt, ist eine besondere Bestimmung hier nicht erforderlich. § 399 mache ja für Forderungen eine Ausnahme von § 137, so daß der rechtsgeschäftliche Ausschluß der Verfügungsmacht über Forderungen wirksam ist. Übrigens würde durch das Reichsgesetz v. 31. 5. 1891 § 7 Abs. 3 praktisch das gleiche Resultat erreicht, da danach Verfügungen über Buchforderungen gegen das Reich nur durch Eintragung erfolgen können. Eine Eintragung würde aber mit Rücksicht auf den Vermerk nicht vorgenommen werden.

II. Die Beschränkungen des befreiten Vorerben.

Wie wir im ersten Teil unserer Arbeit gesehen haben, sind die meisten Verfügungsbeschränkungen dispositiver Natur. Der Erblasser hat es in der Gewalt, dem Vorerben die eine oder die andere der Beschränkungen zu erlassen. Er kann die Beschränkungen auch bloß hinsichtlich bestimmter Gegenstände ausschließen, z. B. bestimmen, daß der Vorerbe über ein bestimmtes Grundstück frei verfügen kann, ohne ihn aber generell von § 2113 Abs. 1 zu befreien. Es wird schließlich eine Aufgabe der Testamentsauslegung sein, den Umfang der gewährten Vergünstigungen festzustellen. Das Gesetz hat in einer Dispositivvorschrift ausgesprochen, daß sämtliche zulässige Befreiungen als angeordnet

[1]) Prot. II Bd. 5 S. 109.

gelten, wenn der Erblasser den Nacherben auf das eingesetzt hat, was bei Eintritt der Nacherbfolge übrig sein wird (§ 2137 Abs. 1). Wenn der Erblasser also eine derartige Bestimmung getroffen hat, so muß er ausdrücklich erklären, daß den Vorerben bestimmte Beschränkungen trotzdem treffen sollen, sonst ist der Vorerbe von allen in § 2136 erwähnten Beschränkungen und Verpflichtungen befreit. Das Gesetz hat ferner in § 2137 Abs. 2 eine Auslegungsregel aufgestellt, welche also bloß Anwendung findet, wenn kein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist. Der Vorerbe soll nämlich ebenfalls von allen in § 2136 aufgezählten Vorschriften befreit sein, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß er frei über die Vorerbschaft verfügen dürfe.

Der nach § 2137 befreite Vorerbe unterliegt nur dem Verbot der unentgeltlichen Verfügungen. Alle sonstigen unter B I besprochenen Beschränkungen fallen bei ihm weg. Da der befreite Vorerbe keine Verwaltungspflicht hat — §§ 2130, 2131 finden nämlich auf ihn keine Anwendung —, könnte er die Aussicht des Nacherben auf die Erbschaft ganz vereiteln. Deshalb macht ihn § 2138 Abs. 2 schadensersatzpflichtig, wenn er die Erbschaft in der Absicht vermindert, den Nacherben zu schädigen. Er soll also bloß das aus der Erbschaft entnehmen dürfen, was er braucht. Er ist nach § 2138 Abs. 2 ebenfalls haftbar, wenn er eine unentgeltliche Verfügung vornimmt, die die Rechte des Nacherben beeinträchtigt und nicht durch eine sittliche Pflicht oder eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten ist. Aus dieser Bestimmung haben Wilke[1]) und Borchert[2]) abgeleitet, daß die unentgeltlichen Verfügungen des befreiten Vorerben im Falle der Nacherbfolge nicht unwirksam werden. Gegen diese Ansicht wendet sich mit Recht Strohal und mit ihm beinahe die ganze Literatur. Es ist folgendes gegen die Ansicht vorzubringen: Zunächst ist § 2136 für die Frage maßgebend, von welchen Beschränkungen der Vorerbe befreit werden kann. § 2138 Abs. 2 enthält lediglich Anordnungen, welche die durch § 2137 bezw. § 2136 für unanwendbar erklärten obligatorischen Pflichten des gewöhnlichen Vorerben ersetzen bezw. der befreiten Vorerbschaft anpassen. Das Verbot des § 2113 Abs. 2 würde dem Nacherben keinen genügenden Schutz bieten, wenn nicht der Vorerbe auch persönlich für dessen Übertretung haftbar wäre. Wenn der Vorerbe bei einer Schenkung nichts weiter zu befürchten hätte, als daß sie einmal unwirksam werden kann, so wäre das kein Grund für ihn, von einer unentgeltlichen Verfügung abzusehen, zumal da mit Hilfe des guten

[1]) Komm. z. BGB. Bd. 5 Anm. 3 zu § 2113 und Anm. 2 zu § 2138.
[2]) Erbrecht und Nachlaßbehandlung S. 393.

Glaubens auch die Unwirksamkeit im Momente der Nacherbfolge behoben werden kann. Der gewöhnliche Vorerbe wird durch seine Haftung für ordnungsmäßige Verwaltung von der Vornahme unentgeltlicher Verfügungen abgehalten. Daß § 2138 Abs. 2 neben § 2113 Abs. 2 nicht gegenstandslos ist, ergibt sich ferner daraus, daß bei gutgläubigem Erwerb der Erbschaftsgegenstand vom Beschenkten nicht mit dinglichen Ansprüchen zurückverlangt werden kann und die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht immer zum Ziele führen. Auch in sonstigen Fällen kann es vorkommen, daß, trotzdem prinzipiell der Verfügungsgegenstand von selbst an den Nacherben zurückfällt, eine Schädigung des Nacherben eintritt, weil z. B. der Erbschaftsgegenstand nicht mehr vorhanden ist.

Wenn man der Ansicht Wilkes und Borcherts beitreten dürfte, so wäre die Streitfrage vermieden, ob der befreite Vorerbe über Grundstücke und Rechte an solchen nach § 41 GBO. verfügen kann. Es soll hier auf die grundbuchrechtliche Frage noch nicht eingegangen werden. Die Erörterung darüber findet sich im fünften Teil der Arbeit.

C. Einzelheiten.

Wir haben gesehen, daß die Beschränkungen des Vorerben sich einmal nur auf Verfügungen beziehen, dann nur auf Erbschaftsgegenstände. Wie steht es nun mit folgenden Fällen? Kann der Vorerbe über die Erbschaft im ganzen verfügen? Aus den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung (II Bd. 5 S. 130 f.) ergibt sich, daß man die Frage nicht regeln wollte, weil kein Bedürfnis dazu vorhanden sei. Es wurde ein Antrag abgelehnt, der die Veräußerung der Erbschaft im ganzen verbieten wollte. Desgleichen aber auch ein Antrag, der dem Vorerben die Veräußerung erlaubte, aber ihn für die Erfüllung der dem Erwerber obliegenden Pflichten wie einen selbstschuldnerischen Bürgen haften ließ. Auf S. 574 Bd. 5 der Protokolle ist die Frage abermals berührt, und zwar bei der Besprechung der Pfändbarkeit der aus einer Vorerbschaft fließenden Nutzungen. Es ist die Ansicht geäußert worden, es folge aus der allgemeinen rechtlichen Natur der Vorerbschaft, daß der Vorerbe über sein Erbrecht nicht verfügen dürfe. Ist dies zutreffend? Der Vorerbe ist Erbe, es kommen daher auf seine Rechtsstellung mangels besonderer Vorschriften die allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze zur Anwendung. Eine Verfügung über die Erbschaft im ganzen ist dem gewöhnlichen Erben nur möglich, wenn sich sein Erbrecht auf einen

Erbteil des Nachlasses erstreckt. Unter dieser Bedingung ist es nach der herrschenden Ansicht auch dem Vorerben erlaubt, über seine Vorerbschaft zu verfügen. Durch diese Verfügung sollen jedoch die Rechte des Nacherben unberührt bleiben. Wenn auch mit der Veräußerung eines Erbschaftsanteils nicht auch die Erbenqualität übertragen wird (der Veräußerer bleibt Erbe, ihm kommt eine eventuelle Anwachsung zugute, eine in seiner Person bestehende Erbunwürdigkeit wirkt auch auf die Position des Erwerbers ein), so ist doch zuzugeben, daß der Vorerbe nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. Der Erwerber soll mit der Nacherbschaft belastet bleiben. Das Surrogationsprinzip greift bei der Veräußerung des Erbteiles nicht ein. Das Entgelt, das der Vorerbe für seine Veräußerung erhält, bleibt sein freies Eigentum. Nach Hothorn (S. 126 ff.) kommen dem Erwerber die Vergünstigungen, die der befreite Vorerbe genießt, nicht zu. Die Befreiung sei an die Person des Vorerben gebunden. Aber wenn man dem Vorerben die Veräußerung seines Erbteils überhaupt gestattet, so muß man ihm auch die Vorteile zugestehen, die ihm aus der Veräußerung seines Rechtes einschließlich Befreiungen erwachsen. Es ist nämlich selbstverständlich, daß eine Veräußerung dieser erweiterten Rechte dem Vorerben einen größeren Kaufpreis einbringen wird. Es ist aber meiner Ansicht nach überhaupt fraglich, ob nicht die Schwierigkeiten, die sich aus einer Anwendung der verschiedenen obligatorischen Pflichten des Vorerben auf den Erwerber ergeben würden, zu dem Schlusse zwingen, daß das Erbrecht des Vorerben gemäß § 413 verb. mit § 399 unveräußerlich ist? Nach welcher Person würde sich z. B. die Festlegung der Culpa in concreto richten? Wie wäre auch § 2134 auszulegen? Würden die Bedürfnisse des Vorerben oder die des Erwerbers maßgebend sein, damit eine Verfügung über Erbschaftsgegenstände keine Ersatzpflicht begründet? Der ganze Inhalt der den Vorerben betreffenden erblasserischen Verfügungen wird bestimmt durch das Zutrauen, das die Person des Vorerben beim Erblasser genießt. Der Umfang der aus der Vorerbschaft ziehbaren Vorteile richtet sich nach den persönlichen Verhältnissen des Vorerben. Der Inhalt der Vorerbenrechte würde verändert, wollte man sie an ein anderes Subjekt knüpfen.

Aus § 2376 leitet man ab, daß das Gesetz den Verkauf einer Vorerbschaft gestatte. Dies scheint zuzutreffen. Aber damit ist nichts gegen die soeben vorgetragene Ansicht gesagt. Die Rechtsverhältnisse beim Verkauf durch den Alleinvorerben sind ganz anderer Natur als bei der dinglichen Verfügung über einen Erbschaftsanteil. Wie Hothorn (S. 130 ff.) hervorhebt, greift hier das Surrogationsprinzip nach § 2111 durch. Es werde nämlich

nicht über die Erbschaft verfügt, sondern über die einzelnen Erbschaftsgegenstände. Soweit der Vorerbe über die einzelnen Gegenstände nicht mit Wirkung gegen den Nacherben verfügen kann, bleiben diese Gegenstände mit der Nacherbfolge belastet. Der Kaufpreis gehört zur Vorerbschaft. Wenn der Nacherbe durch einen solchen Verkauf beeinträchtigt werden würde, so stehen ihm meiner Ansicht nach die Rechte aus § 2128 zu.

Eine weitere Frage ist, ob der Vorerbe letztwillig über die Vorerbschaft verfügen kann? Die Lösung dieser Frage ergibt sich deswegen nicht aus den bisher aufgestellten Grundsätzen, weil letztwillige Verfügungen keine Verfügungen im technischen Sinne sind, und daher weder unter das im § 2112 ausgesprochene Prinzip fallen, noch unter die im § 2113 enthaltenen Verfügungsbeschränkungen. Eine Verfügung von Todes wegen über die Vorerbschaft kann selbstverständlich nur dann in Betracht kommen, wenn die Nacherbfolge nicht mit dem Tode des Vorerben zusammenfällt. Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt die Frage im Gegensatz zum allgem. Landrecht I, 12 § 468 nicht. Das allgem. Landrecht untersagte dem Vorerben letztwillige Verfügungen auch bei der fideikommissarischen Substitution auf den Überrest. Dies scheint mir aber für unser Recht nicht zuzutreffen. Wenn der Erblasser die Nacherbschaft unter einer Bedingung angeordnet hat, die nicht mit dem Tode des Vorerben zusammenfällt, so mußte er sich sagen, daß vielleicht an die Stelle des Vorerben einmal dessen Erben treten könnten. Wenn er bloß dessen gesetzliche Erben bedacht wissen wollte, hätte er dies durch Anordnung einer sukzessiven Nacherbschaft erreichen können. Da der Vorerbe für die Dauer der Vorerbschaft Eigentümer bezw. Gläubiger der Erbschaftsgegenstände ist, so hat er auch das Recht, seinen Rechtsnachfolger zu bestimmen. Die Testamentserben erhalten die Vorerbschaft genau so, wie sie ihr Erblasser gehabt hat, also nur bis zum Eintritt der Nacherbfolge. Was die Anordnung von Vermächtnissen anbetrifft, so ist deren Erfüllung durch die Erben einer unentgeltlichen Verfügung zu Lasten der Vorerbschaft gleichzuachten, obwohl sie eigentlich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen. Eine analoge Anwendung der Bestimmung, daß auch die Erfüllung eines Schenkungsversprechens dem Nacherben gegenüber unwirksam ist, wird am Platze sein.

Wenn der Erblasser jemanden zum Erben eingesetzt hat mit der Bestimmung, daß er die Erbschaft mit seinen noch nicht geborenen Geschwistern teilen soll, so ist der zum Erben Eingesetzte bloß Vorerbe und die noch zu erwartenden Geschwister sind seine Nacherben. Bei diesem Fall ergibt sich die Besonderheit, daß nicht feststeht, welche Quote dem zum Vorerben Eingesetzten definitiv

verbleiben werde, und welche Erbschaftsquote er herauszugeben hat. Es ist daher fraglich, ob er in bezug auf den ganzen Nachlaß den Beschränkungen, die sich aus der Einsetzung eines Nacherben ergeben, unterworfen oder in bezug auf einen Teil freier gestellt ist? Weiter ist fraglich, ob die Nacherbfolge jeweils mit der Geburt eines Bruders oder einer Schwester eintritt, so daß event. jedesmal eine Auseinandersetzung zwischen den Geschwistern erfolgt? Es ist klar, daß der Wert des Nachlasses durch derartige wiederholte Auseinandersetzungen vermindert würde. Ich glaube, daß dies dem im § 2043 für die Auseinandersetzung unter Miterben ausgesprochenen Grundsatz widersprechen würde. Heilfron (Familien- und Erbrecht S. 559) meint, daß der Anfall der Erbschaft an den Nacherben erst dann eintreten soll, wenn der Kreis der Deszendenten geschlossen ist, also z. B. mit dem Tode der Mutter. Wenn diese Lösung richtig wäre, so würde der erste Abkömmling den größten Vorteil von der Erbschaft haben, da ihm die Nutzung während dieser Schwebezeit zufiele. Doch es kann hier auf die Frage nicht näher eingegangen werden.[1]) Nach Hothorn (S. 42) sollen die Beschränkungen aus der Nacherbschaft die ganze Erbschaft ergreifen, selbst wenn der Nacherbe auf einen bestimmten Erbteil eingesetzt ist. Der Vorerbe könne sich in einem solchen Fall auch nicht durch Herbeiführung einer Auseinandersetzung einen freien Erbteil verschaffen, da zu einer Auseinandersetzung eine zweite Person erforderlich ist. Zu beachten ist, daß, wenn diese Lösung richtig ist, der Vorerbe insofern auch einen Vorteil hat, als nach § 2115 auch sein freier Anteil an der Erbschaft der Vollstreckung seiner Gläubiger entzogen ist.

Verschieden von diesem Fall ist die Rechtslage, wenn ein Vorerbe Miterbe ist und die übrigen Miterben freie Erben sind. Aus dem Zusammentreffen von Vorerben und freien Erben ergeben sich Schwierigkeiten sowohl für die Verwaltung der Erbschaft als insbesondere für die Auseinandersetzung. Der Vorerbe ist an und für sich selbständig zur Betreibung der Auseinandersetzung befugt, aber soweit Verfügungen in Betracht kommen, die er nicht mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen kann, ist die Zustimmung desselben erfordert. Hothorn (S. 116 ff.) hegt das Bedenken, daß die bei der Auseinandersetzung zugunsten von Miterben vorgenommenen Verfügungen als unentgeltliche anzusehen seien. Unentgeltlich sind aber, wie wir an anderer Stelle gesehen haben, solche Geschäfte nicht, die auf Grund einer Verpflichtung erfolgen. Die sämtlichen Auseinandersetzungshandlungen

[1]) Es wird auf die Ausführungen von Ludwig Mayer, Die rechtliche Stellung der Nacherben S. 56 ff. verwiesen.

erfolgen, wenn vom Erblasser keine besonderen Bestimmungen getroffen sind, entweder auf Grund eines Auseinandersetzungsvertrags, der seinerseits nicht als Versprechen einer unentgeltlichen Leistung anzusehen ist, weil in demselben dem Vorerben selbst bestimmte Vermögensstücke versprochen werden. Oder die Verfügungen erfolgen in Ausführung eines durch Urteil festgesetzten Teilungsplanes, also abermals zur Erfüllung einer Verpflichtung. Daß das Gesetz übrigens die Verfügungen eines Miterben zugunsten der übrigen nicht als unentgeltliche Verfügung betrachtet, geht aus § 2042 Abs. 2 in Verb. mit § 757 hervor. Es sollen die Grundsätze des Kaufs und nicht die der Schenkung angewandt werden. Hothorn glaubt nun, daß trotz der von ihm angenommenen Unentgeltlichkeit (§ 2113 Abs. 2) deswegen regelmäßig nicht Platz greife, weil der Gesamteffekt der Verfügungen keine wirtschaftliche Benachteiligung des Nacherben enthalte. Unter gewissen Voraussetzungen sei aber § 2113 Abs. 2 anzuwenden. Sein Gedankengang ist ungefähr folgender: Er geht davon aus, daß gemäß § 2111 die einzelnen bei der Auseinandersetzung dem Vorerben zur Alleinberechtigung übertragenen Gegenstände in die Vorerbschaft fallen. Wenn nun diese Gegenstände nicht dem Werte entsprechen, den der Vorerbe nach seinem Anteil vom Werte der Erbschaft zu beanspruchen hatte, so seien sämtliche Verfügungen zugunsten der übrigen Miterben wegen Unentgeltlichkeit beim Nacherbfall unwirksam. Es entstehe wiederum ein Gesamtverhältnis an den ihnen überwiesenen Gegenständen. Meiner Ansicht nach könnte man hier höchstens von einem negotium mixtum reden, bei dem also bloß derjenige Bestandteil als unentgeltliche Verfügung anzusehen wäre, der in der Gegenleistung kein Äquivalent hat. Aber auch das braucht nicht vorzuliegen. Bei jedem Geschäft ist es möglich, daß Leistung und Gegenleistung sich nicht decken. Das macht das Geschäft noch nicht zum unentgeltlichen. Wie wir früher angedeutet haben, liegt ein solches bloß dann vor, wenn beide Parteien sich bewußt waren, daß die eine einen größeren Nachteil erleidet, als sie bei ihren wirtschaftlichen Verhältnissen (sie benötigt z. B. die Gegenleistung) normaliter mit in den Kauf nehmen muß. Von diesem Gesichtspunkte aus würden die zur Auseinandersetzung vorgenommenen Verfügungen nur dann und insoweit unwirksam werden, als beiderseits bewußt die Ansprüche des Vorerben beeinträchtigt wurden.

Vierter Teil.

Verlust der Verfügungsbefugnis.

1. Durch Entziehung der Verwaltung.

Wie wir bei der Besprechung der Verfügungsfreiheit des Vorerben schon erwähnt haben, läuft der gewöhnliche Vorerbe Gefahr, daß ihm die Verwaltung der Erbschaft entzogen wird. Nach § 2128 kann der Nacherbe zum Schutze seiner zukünftigen Rechte unter gewissen Voraussetzungen Sicherheitsleistung und bei Nichtleistung verlangen, daß die Erbschaft durch einen gerichtlich bestellten Verwalter verwaltet wird. Wir haben hier eine Reminiszenz aus dem 1. Entwurf, der den Vorerben bekanntlich als Nießbraucher behandelte. Die Besonderheit liegt darin, daß der Vorerbe, obwohl er sein eigenes Vermögen verwaltet, rechtlich einer Person gleichgestellt ist, der ein fremdes Vermögen anvertraut ist. Die Maßregel hängt ab von einer Gefährdung der Interessen des Nacherben. Eine Gefährdung kann in der schlechten Vermögenslage des Vorerben begründet sein, oder in dessen Verhalten. Wie Salinger (a. a. O. S. 180) hervorhebt, stellt ein öfter wiederholtes unberechtigtes Verfügen einen solchen Entziehungsgrund dar. Mit der Entziehung der Verwaltung verliert der Vorerbe die Verfügungsbefugnis (§ 2129) und zwar sowohl die über seine eigenen Rechte, als auch seine Verfügungsbefugnis über die nach der Nacherbfolge liegenden Rechte. Er bleibt aber Erbe und damit auch Eigentümer bezw. Gläubiger der Erbschaftsgegenstände. Dies äußert sich einmal darin, daß er die Aufhebung der Verwaltung verlangen kann, wenn die Gründe für deren Anordnung nicht mehr vorliegen.[1]) Es äußert sich ferner darin, daß er bei event. Wegfall des Nacherben mangels besonders letztwilliger Bestimmungen die Erbschaft als freies Vermögen zurückerhält. Das Gesetz hat im Interesse des Verkehrs die Anwendung der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens angeordnet. Guter Glaube eines Erwerbers an beweglichen Sachen liegt vor, wenn er entweder nicht weiß und nicht wissen muß, daß die Sache zur Vorerbschaft gehört, oder dies zwar weiß, aber nichts von der Entziehung der Verwaltung weiß und auch nichts wissen muß. Bei Erbschaftsgrundstücken nützt schon bloße Unkenntnis. Man wird Planck[2]) beistimmen müssen, wenn er

[1]) vgl. Salinger a. a. O. S. 182 Anm. 133.
[2]) Bem. 2b zu § 2129.

dem Nacherben das Recht einräumt, die Entziehung der Verfügungsbefugnis im Grundbuch eintragen zu lassen.

Das Gesetz hat außerdem die Schuldner von Nachlaßforderungen geschützt. Verfügungen,[1]) die sie mit dem Vorerben nach Entziehung der Verwaltung vornehmen, sind wirksam, wenn sie die Anordnung der gerichtlichen Verwaltung nicht kennen. Der Kenntnis steht gleich, wenn ihnen (wohl durch den Nacherben oder den Verwalter) eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt ist, und zwar dann ohne Rücksicht darauf, ob sie wirklich Kenntnis genommen haben.

II. Durch den Eintritt der Nacherbfolge.

Mit dem Eintritt der Nacherbfolge verliert der Vorerbe sein Erbrecht und damit natürlich auch seine Verfügungsbefugnis. Während die im vorigen Abschnitt besprochene Vorschrift dem gewöhnlichen Vorerben vor Beendigung seiner Rechte das Verfügungsrecht entzieht, verlängert § 2140 die Verfügungsmacht des gewöhnlichen und des befreiten Vorerben über die Zeit ihrer Berechtigung hinaus. Diese verlängerte Verfügungsmacht dauert bis zum Moment, in dem der Vorerbe Kenntnis vom Eintritt der Nacherbfolge erlangt oder erlangt haben muß. Man wird daher mit Strohal[2]) eine von dem Vorerben vorgenommene Verfügung nicht als die eines Berechtigten, sondern als die eines Legitimierten[3]) ansehen. Dies scheint mir besonders daraus hervorzugehen, daß Dritte sich nicht auf diese „Berechtigung" berufen können, wenn sie den Eintritt der Nacherbfolge kannten oder kennen mußten. Es gehört also zu einer wirksamen Verfügung zunächst die Gutgläubigkeit des Vorerben und dann die des Verfügungsgegners. Welche Folge hat das Fehlen derselben bei einer der Parteien? Wenn der Vorerbe gutgläubig ist, so soll er so behandelt werden, wie wenn die Nacherbfolge nicht eingetreten wäre. Er zieht sich also keine Schadensersatzpflicht zu, wenn der Verfügungsgegenstand trotz Unwirksamkeit der Verfügung nicht zurückzuerlangen ist. Insofern enthält § 2140 einen Schutz zugunsten des Vorerben. Dernburg (Bd. 5 S. 180 f.) glaubt den

[1]) Die Wirksamkeit geht natürlich nicht weiter, wie wenn die gerichtliche Maßregel nicht getroffen worden wäre, unentgeltliche Verfügungen z. B. bleiben also dem Nacherben gegenüber unwirksam.

[2]) Erbrecht S. 112 Anm. 28.

[3]) Der Unterschied zeigt sich m. E. darin, daß der Nacherbe bei der Annahme bloßer Legitimation des Vorerben die Möglichkeit hat, eine Verfügung des Vorerben durch Genehmigung wirksam zu machen, wenn die primäre Wirksamkeit an dem schlechten Glauben des Gegners scheiterte. Ist der Vorerbe jedoch Berechtigter, dann trifft § 185 nicht zu.

§ 2140 entgegen dem Wortlaut auch auf obligatorische Geschäfte ausdehnen zu dürfen. Er geht von der Entstehungsgeschichte des Paragraphen aus, derselbe ist von der Reichstagskommission eingeschoben worden, und zwar angeblich sowohl im Interesse des Vorerben als im Interesse des Verkehrs. Der Text, solcher von den parlamentarischen Kommissionen eingefügten „Amendements", dürfte nicht zu sehr unter die juristische Lupe genommen werden. Diese Begründung scheint mir aber nicht eine Interpretation gegen den Gesetzestext zu rechtfertigen. Das Interesse des Vorerben ist in dem obenerwähnten Sinne berücksichtigt worden, dann aber auch in allen den Fällen, in welchen es sich um gutgläubige Erfüllung einer vor dem Eintritt der Nacherbfolge eingegangenen Verbindlichkeit handelt. Es wäre m. E. nach inkonsequent, wenn das Gesetz dem Vorerben erlauben wollte, eine nach Eintritt der Nacherbfolge im guten Glauben eingegangene Verbindlichkeit trotz nunmehriger Schlechtgläubigkeit aus dem Nachlaß zu erfüllen, während er eine während seiner Vorerbschaft eingegangene Verpflichtung nicht mehr erfüllen dürfte, sobald er den Eintritt der Nacherbfolge erfährt. In letzterem Falle wäre der Vorerbe doch mindestens ebenso schutzbedürftig. Oder wird Dernburg § 2140 auch auf eine solche Verfügung anwenden? Ferner scheint mir die Ansicht Dernburgs zu einem sonderbaren Resultate zu führen, wenn der Vorerbe bei Eingehung der Verpflichtung gutgläubig wäre, der Gegenkontrahent jedoch die Nacherbfolge kannte, aber nicht weiß, daß der Vertragsgegenstand zur Erbschaft gehört. Darf dann der Vorerbe aus der Erbschaft erfüllen? Wenn ja, dann widerspricht die Ansicht nicht nur dem Begriff der Verfügung, sondern auch dem klaren Wortlaut des § 2140 Satz 2. Wenn nein, so ist der Vorerbe ungeschützt, obwohl er ebensosehr wie oben einen Schutz verdiente.

Wie steht es mit dem Fall, daß der Vorerbe den Eintritt der Nacherbfolge kennt, der Verfügungsgegner aber nicht? Es kommen die allgemeinen Grundsätze des Erwerbs vom Nichtberechtigten in Betracht. Der Schutz nützt also bloß dem Erwerber einer beweglichen Sache oder eines Grundbuchrechts. Geschützt werden noch Erwerber gewisser Papiere (vgl. § 808, 797). In der Literatur ist die Frage aufgeworfen, ob der Schuldner, der gutgläubig eine Nachlaßforderung an den schlechtgläubigen Vorerben zahlt, durch die Zahlung befreit wird? Das Interesse, das dieser Schuldner hat, erscheint schutzbedürftig. Eine unmittelbare Anwendung des § 412 ist, wie Planck (Komm. zu § 2110 Bem. 2) hervorhebt, deshalb nicht angängig, weil das Gläubigerrecht des Nacherben nicht auf das Recht des Vorerben zurückzuführen ist. (Anders natürlich Hellwig, der, wie wir an einer

anderen Stelle angeführt haben, den Nacherben als Gesamtnachfolger des Vorerben ansieht.) Mit Planck wird man aber eine analoge Anwendung für gerechtfertigt halten, zumal auch in §§ 2129 u. 2111 das Prinzip des Schutzes des gutgläubigen Schuldners anerkannt ist. Man wird allerdings die Anwendung der §§ 406—408 mit Rücksicht auf § 2140 auf den Schuldner beschränken müssen, der den Eintritt der Nacherbfolge auch nicht kennen mußte.

Fünfter Teil.

Der Vorerbe im Grundbuchverkehr.

Wie wir bei der Besprechung der Verfügungsbefugnis des Vorerben über Grundstücke und bei Besprechung der unentgeltlichen Verfügungen gesehen haben, hat das Gesetz im Interesse des Verkehrs den Schutz des guten Glaubens angeordnet. Da bekanntlich bei Grundstücken der öffentliche Glaube des Grundbuchs sogar dem zugute kommt, welcher grobfahrlässig die mangelhafte Berechtigung des Eingetragenen nicht kennt, so läge die Gefahr sehr nahe, daß der Nacherbe durch eine Verfügung des Vorerben seine Rechte an den Nachlaßgrundstücken verlieren würde. Deshalb hat der Gesetzgeber in der Grundbuchordnung (§ 52) eine Bestimmung getroffen, welche einer Vereitelung der im § 2113 enthaltenen Sicherungsmaßregel vorbeugen soll. Das „Recht" des Nacherben muß von Amts wegen eingetragen werden, wenn der Vorerbe sich ins Grundbuch eintragen läßt. Da aber ein Erbe nach § 41 Abs. 1 GBO. über ein vom Erblasser erworbenes Recht, auch ohne selbst eingetragen zu sein, gewisse Verfügungen [1]) vornehmen kann, so ist die Streitfrage entstanden, ob auch bei solchen Verfügungen ein Nacherbenvermerk von Amts wegen eingetragen werden soll, oder ob der Vorerbe die Möglichkeit, nach § 41 Abs. 1 zu verfügen, nicht hat, oder ob schließlich der Nacherbe im Falle des § 41 Abs. 1 nicht grundbuchmäßig geschützt wird? Alle drei Ansichten sind in der Literatur vertreten. Doch bevor ich auf dieselben eingehe, soll die rechtliche Natur des Nacherbenvermerks festgestellt werden.

[1]) § 41 Abs. 1 bezieht sich auf Übertragung und Aufhebung eines Rechts. Nach der Ansicht des Kammergerichts (Beschluß v. 3. 11. 1902 im Recht 1903 Nr. 727) liegt eine bloße Übertragung nicht vor, wenn z. B. eine Eigentümergrundschuld in eine Hypothek zur Sicherung einer neuen Forderung umgewandelt und auf einen Dritten übertragen werden soll. § 41 Abs. 1 findet andererseits Anwendung, wenn der Erblasser zwar nicht eingetragen war, aber nach § 40 Abs. 2 einem Eingetragenen gleichsteht.

§ 52 spricht von Eintragungen des „Rechts“ des Nacherben. Die Terminologie des Gesetzes kann nicht entscheidend sein. Je nachdem man die rechtliche Natur der Nacherbenstellung und damit seine Beziehungen zu den einzelnen Nachlaßgegenständen insbesondere Nachlaßgrundstücken auffaßt, wird man zu einer verschiedenen Lösung des Problems gelangen müssen. Das Kammergericht[1]) hat eine Zeitlang die Ansicht vertreten, daß der Nacherbe ein dingliches Recht an den Nachlaßgrundstücken hätte, aber merkwürdigerweise hat es diesen Standpunkt nicht auch konsequent seiner Auffassung des § 52 zugrunde gelegt. Das Kammergericht[2]) stellt nämlich den Eintrag nach § 52 in Gegensatz zu solchen Eintragungen, die unter dem Schutze des öffentlichen Glaubens stehen; die Eintragung aus § 52 gewähre nicht selbst die Möglichkeit eines Rechtserwerbs auf Grund des öffentlichen Glaubens, sondern sei nur zum Schutze des Nacherben gegen denselben da.[3]) Erschöpft sich in dieser negativen Funktion die Bedeutung des Vermerkes oder deutet derselbe noch ein weiteres an? Er ist sicher nicht einer Vormerkung gleichzuachten, denn die Kenntnis des Erwerbers vom Recht des Nacherben schadet selbst dann, wenn ein Vermerk nicht eingetragen ist, was aber bei der Vormerkung nicht der Fall ist.[4]) Ist er eine Verfügungsbeschränkung, wie Brachvogel[5]) und andere behaupten? Was ist der Sinn einer Verfügungsbeschränkung? Eine Verfügungsbeschränkung liegt m. E. dann vor, wenn einem Berechtigten die aus seinem Recht an und für sich hervorgehende Verfügungsbefugnis zwar nicht ganz entzogen ist, aber doch in ihrer Wirksamkeit gemindert ist. Das scheint mir beim Vorerben nicht zuzutreffen. Der Vorerbe ist „beschränkt berechtigt“, wenn der Ausdruck den Gegensatz deutlich genug hervorhebt. Seine Verfügungsbefugnis ist unangetastet, sie entspricht ganz dem ihm zustehenden Recht, seine Verfügungen sind gegen jedermann wirksam, solange sie sich innerhalb seiner Rechte bewegen (vgl. die Ausführungen im ersten Teil der Arbeit). M. E. hat man Unrecht, wenn man im Falle des § 161 Abs. 2 BGB. von einer Verfügungsbeschränkung spricht; auch im Grundbuch könnte dieser Fall nicht als Verfügungsbeschränkung eingetragen werden.[6]) Der Nacherbenvermerk

[1]) Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 320.

[2]) Rspr. d. OLG. Bd. 18 S. 342 ff.

[3]) Aus dieser Ansicht zieht das Kammergericht den Schluß, daß die Eintragung eines derartigen Vermerks im Beschwerdewege durchgesetzt werden könne, auch ohne daß § 54 vorliegt.

[4]) vgl. Hothorn S. 135.

[5]) Bei Gruchot Bd. 50 S. 70.

[6]) vgl. z. B. die Lösung die Weber in DNotZ. 1907 S. 256 für die Eintragung der bedingten Löschungsbewilligung einer Hypothek gibt.

ähnelt mehr einem Widerspruch. Er bringt zum Ausdruck, daß das, was aus der Eintragung der Vorerben geschlossen werden müßte, nicht ganz der rechtlichen Lage entspricht. Das Grundbuch bekundet nämlich ein freies Eigentum, in Wirklichkeit ist es aber ein bedingtes. Der Vermerk ist kein Widerspruch, da er nicht dem Schutze eines Rechts, das fälschlicherweise nicht eingetragen ist, dient.[1] [2] Der Nacherbenvermerk hat wie der Widerspruch die Folge, daß der gute Glaube eines Erwerbers zerstört wird. Da der Vermerk bloß dem Schutze der Interessen des Nacherben diene, soll der Nacherbe nach der Ansicht des Kammergerichts[3] auf denselben wirksam verzichten können. Dies scheint mir jedoch nicht richtig zu sein. Ein solcher Verzicht hätte, darin muß man Fuchs-Arnheim[4] recht geben, nicht die Bedeutung, daß der Nacherbe auf sein Nacherbenrecht an dem betreffenden Gegenstand verzichte, aber es fragt sich, ob durch einen Verzicht nicht nachteilige Folgen für Dritte entstehen könnten? Hothorn (S. 136 f.) macht auf einige aufmerksam, denen ich noch hinzufügen möchte, daß Eigengläubiger des Vorerben zur Vollstreckung in solche Grundstücke veranlaßt werden könnten, da ihnen die Zugehörigkeit zur Vorerbschaft nicht aus dem Grundbuch ersichtlich wäre. Es würden hierdurch unnötigerweise Kosten event. Prozesse verursacht.

In gleicher Weise scheint mir die Frage zu entscheiden zu sein, ob der befreite Vorerbe auf den Befreiungszusatz verzichten kann. Hier ist auf § 137 Rücksicht zu nehmen. Denn ein solcher Verzicht würde praktisch die gleiche Folge haben, wie wenn der befreite Vorerbe in der Verfügungsfreiheit einem gewöhnlichen Vorerben gleichstünde. Es wäre eine rechtsgeschäftliche Aufgabe der Verfügungsmacht.

Betrachten wir nun die in der Literatur zu den einzelnen eingangs angeführten Fragen geäußerten Ansichten. Das Kammergericht erklärt: Die Ausnahme des § 41 Abs. 1 GBO. werde theoretisch dadurch gerechtfertigt, daß der Erbe vermöge seines Eintrittes in die Rechtsverhältnisse des Erblassers auch das durch die Eintragung desselben begründete Verfügungsrecht erhalte. Diese Erwägung treffe aber auf den Vorerben, dessen Recht selbst im Falle der Befreiung durch das Recht des Nacherben sachlich

---

[1] vgl. dazu Turnau-Förster Bd. 2 S. 266: § 52 ist bloße Formvorschrift mit dem Zwecke, den Nacherben gegenüber den aus dem öffentlichen Glauben sich ergebenden Gefahren zu sichern.

[2] Der Vermerk wird zum echten Widerspruch im Momente der Nacherbfolge. Jetzt steht dem Nacherben ein Recht zu, das nicht eingetragen ist.

[3] Rspr. d. OLG. Bd. 9 S. 401 und Bd. 10 S. 466.

[4] Komm. zu § 52 S. 553; vgl. mit Hothorn S. 131.

gemindert und grundsätzlich beschränkt sei, nicht zu. Bloß Vorerbe und Nacherbe zusammen könnten die Vergünstigung des § 41 Abs. 1 in Anspruch nehmen. Diese Ansicht widerspricht dem Wesen des Nacherbenrechtes. Der Nacherbe hat während der Vorerbschaft noch keine Erbenstellung, er hat auch noch gar kein Recht an den einzelnen Nachlaßgrundstücken. Den gleichen Fehler scheint mir Cohn[1]) zu machen, wenn er sagt: „Der § 41 Abs. 1 GBO. setzt, wenn der Erblasser mehrere Erben berufen hat, die Bewilligung der Gesamtheit der Erben voraus; ob der Erbfall sich gleichzeitig oder sukzessive vollzieht, ist dabei gleichgültig". Cohn geht davon aus, daß die Ansicht des Kammergerichts richtig ist, wenn im Sinne des § 19 GBO. Vorerbe und Nacherbe als Passivbeteiligte anzusehen sind. Dieser Beweis sei geführt, wenn es sich herausstelle, daß zur Auflassung im Sinne des § 20 Vorerbe und Nacherbe mitwirken müßten. Dies sei deshalb erfordert, weil § 925 Abs. 2 BGB. einer Verfügung durch den Vorerben allein entgegenstünde. Damit spricht also Cohn dem Vorerben die Möglichkeit ab, ein Grundstück für die Dauer der Vorerbschaft zu veräußern. Dies widerspricht jedoch dem Verfügungsrecht, das § 2113 Abs. 1 bestimmt voraussetzt. Mit Perrin[2]) muß man § 925 Abs. 2 auf solche Bedingungen beschränken, welche auf der Privatwillkür der Kontrahenten beruhen. Den Beweis, den Cohn führen wollte, halte ich für mißglückt.

Die Ansicht des Kammergerichts oder, genauer gesagt, ihre Begründung ist vom Reichsgericht[3]) abgelehnt worden. Das Gesetz verstehe unter Berechtigten nicht einen Eventuellberechtigten wie einen Nacherben. Nach der Denkschrift zu § 28 des Entw. z. GBO. soll die Vorschrift des Abs. 1 § 40 einerseits dem Grundbuchbeamten die Legitimationsprüfung erleichtern, andererseits die eingetragenen Berechtigten dagegen sichern, daß ungeachtet der nach § 891 BGB. mit der Eintragung verbundenen Vermutung ein anderer unbefugterweise über das Recht verfüge. Diese Absicht des Gesetzgebers passe überhaupt nicht auf die Eintragung eines Bedingtberechtigten. Die Anwartschaft des Nacherben könne zwar als beschränkend in die Abt. 2 oder 3 des Grundbuchs eingetragen werden, aber der Nacherbe werde nicht Berechtigter im Sinne des § 40 Abs. 1, der grundbuchmäßig über seine Rechte verfügen oder gegen den grundbuchmäßige Zwangsvollstreckung betrieben werden könnte. — Die Ansicht des Kammergerichts ist also nicht geeignet, den § 40 Abs. 1 bei Verfügungen des Vorerben auszuschließen.

---

[1]) Cohn in JurW. 1903 S. 365.
[2]) Perrin, Das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben nach BGB. S. 16.
[3]) RG. Bd. 61 S. 379 f.

Hothorn[1]) glaubte nun, daß § 41 deshalb beim Vorerben nicht in Betracht käme, weil er doch nur eine geringfügige Erleichterung für den Erben biete und daher im Hinblick auf die bedenklichen Folgen, die er für den Nacherben haben könnte, keine Geltung haben dürfe. Dieser Einwand scheint mir aber nicht durchweg zuzutreffen. Nehmen wir z. B. einen starkparzellierten Grundbesitz an (ohne daß Personalfolium vorliegt), so kann die Kostenersparnis im Verhältnis zu dem zu erzielenden Kaufpreis immerhin eine gewisse Bedeutung haben. Außerdem liegt dem § 41 auch noch das allgemeinere Interesse zugrunde, das Grundbuch vor überflüssigen Eintragungen zu bewahren.

Aber der Nacherbe darf trotz der Anwendung des § 41 nicht schutzlos bleiben. Zwar wird man nicht Hermann[2]) beipflichten, der die Lösung in einer gewaltsamen Interpretation des § 52 findet — der Paragraph soll besagen „mindestens bei der Eintragung" muß das Recht des Nacherben von Amts wegen eingetragen werden —, aber auch Blankmeister hat nicht recht, wenn er eine analoge Anwendung des § 52 für am Platze hält. Denn abgesehen von den Gründen, die Thiesing gegen Analogie im formellen Grundbuchrecht geltend macht, insbesondere auch, weil § 52 eine Ausnahme vom Antragsprinzip des § 13 enthalte, ist es nicht nötig, zu diesem Mittel zu greifen. Wenn der Vorerbe, ohne eingetragen zu sein, verfügt, so würde das Grundbuch, falls der Erwerber eingetragen wird, ein freies Eigentum desselben bekunden. (Ich spreche nur beispielsweise von Eigentum, das gleiche würde natürlich auch bei Übertragung begrenzter Rechte vorliegen.) Da nun der Grundbuchrichter aus den ihm vorgelegten Urkunden (Erbschein, öffentliches Testament) die Vorerbeneigenschaft des Bewilligenden erkennt, so würde er bewußt einen falschen Eintrag bewirken. Diese Unrichtigkeit des Grundbuchs würde sich in jedem Falle ergeben, denn ein gutgläubiger Erwerb würde ja bloß dann vorliegen, wenn der Erwerber auf Grund eines Erbscheines sich mit dem Vorerben eingelassen hätte und dieser Erbschein unrichtig wäre. Aber auch in diesem Falle wäre wohl der gutgläubige Erwerb noch nicht vollendet, denn § 892 Abs. 2 scheint mir bloß auf den Erwerb auf Grund des öffentlichen Glaubens anzuwenden zu sein. Dies ergibt sich meiner Ansicht nach aus seiner Stellung (als zweiter Absatz des § 892), und daraus, daß er eine Ausnahme von dem Grundsatze enthält, wonach der gute Glaube in dem Zeitpunkt vorliegen muß, in welchem der Gegenstand beim Erwerb vom Berechtigten erworben

[1]) a. a. O. S. 141.
[2]) Im Recht 1903 S. 233.

würde. Außerdem begründet der Erbschein eine eigenartige Legitimation für sich, § 2366 schreibt nicht die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den guten Glauben vor, eine Wendung, die im Gesetze sehr üblich ist und die uns gezwungen hätte, auch § 892 Abs. 2 mittelbar anzuwenden. Wenn nun auch das Grundbuchamt nicht als „Rechtspolizeibehörde“[1]) anzusehen ist, darf es doch nicht bewußt zu einem falschen Eintrag mitwirken.

Was hat der Richter aber zu tun? Hier werden nun in der Literatur verschiedene Lösungen vorgeschlagen. Zunächst soll er den Antrag beanstanden gemäß § 18, so Predari,[2]) aber nicht deshalb, wie Predari meint, weil er die Rechte des Nacherben nicht berücksichtigt, auch nicht, wie Siméon[3]) sagt, weil der Vorerbe allein keine Verfügungsmacht habe, sondern deshalb, weil der Antrag mehr verlangt, als wozu der Vorerbe berechtigt ist. Planck[4]) meint, daß das Grundbuchamt in Fällen, wo anzunehmen ist, daß der Antragsteller die Eintragung der Übertragung in Verbindung mit der gleichzeitigen Eintragung des Nacherbenrechts einer Ablehnung des Antrags vorziehe, in entsprechender Anwendung des § 52 GBO. zugleich das Recht des Nacherben von Amts wegen buchen soll. Abgesehen davon, daß eine Entscheidung über die Absicht des Antragsstellers dem Grundbuchbeamten wohl schwer fallen würde, scheint mir die Begründung Plancks nicht so stichhaltig zu sein, um von der Thiesingschen Ansicht (keine Analogie) abzugehen. Planck meint, daß es sich praktisch um die Buchung des Rechts des Vorerben handle, wenn die Buchung desjenigen in Frage steht, welchem der Vorerbe sein Recht nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 übertragen hat. Der Grundgedanke des § 52, daß das Recht des Nacherben von Amts wegen zu buchen sei, wenn das des Vorerben zur Buchung kommt, treffe daher auch hier zu. Planck scheint von der Brauchbarkeit dieser Ansicht selbst nicht ganz überzeugt zu sein, denn er erwähnt noch eine andere Lösung: Der Grundbuchrichter soll dem Antragsteller eine Frist setzen, um entweder sich selbst zuerst eintragen zu lassen oder den Verzicht des Nacherben bezw. dessen Einwilligung zu der Verfügung vorzulegen. Damit leugnet Planck also die Anwendbarkeit des § 41 Abs. 1.

M. E. hat der Grundbuchrichter folgendes zu beachten: Wenn der Vorerbe von vornherein bloß die Eintragung unter der Be-

---

[1]) vgl. Landauer im ZBlFG. 1911 S. 322 ff.
[2]) Komm. zu § 52 S. 641.
[3]) Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich Bd. 2 S. 179 Anm. 9.
[4]) Komm. zu § 2113 Bem. 4 e.

dingung oder der Befristung beantragt, die sich aus der Einsetzung des Nacherben ergibt, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung anstandslos vorzunehmen. Daß selbst bei Auflassung eine solche Bedingung und Befristung zulässig ist, haben wir oben bereits erwähnt. Eine Frage aber ist, wie im Grundbuch diese Bedingung zum Ausdruck kommen soll. Die einfachste Lösung scheint mir zu sein, wenn ein ähnlicher Vermerk gewählt wird, wie ihn § 52 anordnet etwa in dem Sinne (wenn es sich um Personalfolium handelt): „Auf Grund Auflassung des Vorerben X, Nacherbe Y im Falle des Todes des X", bekanntlich gibt die Reichsgrundbuchordnung keine Angabe, wie der Vermerk des § 52 gefaßt sein soll.

Wenn aber der Vorerbe bei seiner Bewilligung und seinem Antrag keine Einschränkung gemacht hat, so darf der Grundbuchrichter die Eintragung nicht vornehmen. Er kann nach § 18 entweder den Antrag zurückweisen oder eine Frist zur Beseitigung des Hindernisses setzen. Die Beseitigung des Hindernisses beruht hier darin, daß der Vorerbe seinen Antrag so modifiziert, daß er nur eine Eintragung mit der Bedingung bezw. Befristung des Eintritts der Nacherbfolge verlangt. Geschieht dies, so ist die Erledigung des Antrags die gleiche wie oben.

Diese Lösung hebt die den Vorerben zustehende Verfügungsbefugnis nicht auf, sie richtet sich vielmehr inhaltlich genau nach der materiellen Berechtigung, welche der Vorerbe hat. Würde z. B. ein Fall vorliegen, wie wir ihn bei Besprechung des § 2113 Abs. 1 erwähnt haben, daß nämlich durch die Verfügung des Vorerben die Rechte des Nacherben nicht beeinträchtigt würden, weil das betroffene Recht befristet ist und die Frist in die Vorerbschaft ganz hineinfällt, so müßte das Grundbuchamt die Eintragung ohne weiteres vornehmen.

Damit berühren wir bereits die Frage, wie es sich bei Verfügungen des *befreiten Vorerben* verhält. Unsere bis jetzt vorgetragene Ansicht hat sich darauf gestützt, daß dem Vorerben materiell nicht das Recht zustehe, über die Zeit seiner Berechtigung hinaus zu verfügen, und zwar deshalb nicht, weil seine Berechtigung zeitlich begrenzt ist. Wie wir im ersten Teil der Arbeit gesehen haben, ist auch das Recht des befreiten Vorerben zeitlich begrenzt. Aber er hat eine erweiterte Verfügungsbefugnis. Er hat die Macht, über Grundstücke und Grundstücksrechte definitiv zu verfügen, nicht weil sie ihm *anders* gehören als dem gewöhnlichen Vorerben, sondern weil er prinzipiell das Recht hat, über die jenseits seiner Berechtigung liegenden Rechte zu verfügen. Deshalb hat auch hier der Vermerk nach § 52 die gleiche Bedeutung wie beim gewöhnlichen Vorerben; auch hier soll er bekunden,

daß die Rechte dem Vorerben nicht als unbedingte angehören, und soll der aus der Eintragung des Vorerben sich ergebenden Vermutung widersprechen. Aber aus dem Vermerk soll sich gleichzeitig ergeben, daß er verfügungsbefugt ist. § 52 bestimmt nämlich, daß auch die Befreiungsanordnung des Vorerben einzutragen ist. Also beschränkt sich die Bedeutung des Widerspruchs auf die Fälle, wo der Vorerbe einem gewöhnlichen Vorerben gleichgestellt ist, d. h. auf unentgeltliche Verfügungen und Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen.[1]) In allen anderen Fällen kann der Vorerbe mit Wirkung gegen den Nacherben verfügen, er hat demgemäß auch das Recht, ein Recht nach § 41 Abs. 1 direkt zu übertragen bezw. löschen zu lassen. (Was die Löschung anbetrifft, so haben wir bei Besprechung des § 2113 Abs. 1 gefunden, daß sie wie jede andere Verfügung zu behandeln ist.) Der Erwerber erwirbt ja das Recht als unbedingtes.

Jetzt entsteht die grundbuchrechtliche Frage, wie der Grundbuchrichter entscheiden kann; ob der Vorerbe zu der Verfügung befugt ist, oder ob er vielleicht unentgeltlich verfügt. Über diese Frage herrscht ein erbitterter Streit zwischen der Wissenschaft einerseits und Kammergericht und Reichsgericht andererseits. Der Streit hat eine tiefgehende praktische Bedeutung, da die Ansicht der Judikatur beinahe zu einer Negation der Verfügungsfreiheit des befreiten Vorerben führt. Es soll jedoch gleich gesagt sein, daß die heutige Ansicht der beiden Gerichtshöfe in ihrer Schroffheit nachgelassen hat. Überhaupt konstatiert man eine gewisse konzentrische Entwicklung in den Auffassungen des Reichsgerichts und Kammergerichts. Während sich das Kammergericht noch 1902[2]) mit dem Nachweise der Entgeltlichkeit begnügte, leugnet es in einer Entscheidung von 1905 die Möglichkeit dieses Nachweises und verlangt stets die Einwilligung des Nacherben, 1909 stellt das Kammergericht den Grundsatz auf, Zustimmung des Nacherben ist nicht erfordert, wenn sich die Entgeltlichkeit aus der Sachlage ergibt. Die Unentgeltlichkeit sei regelmäßig ausgeschlossen, wenn die Eintragsbewilligung Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Geschäftes sei, 1910 (Beschluß v. 19. 9. 1910) dehnt es den Beschluß von 1909 auch auf einseitige Geschäfte aus, nur sei hier eine

[1]) Es liegt kein Grund vor, mit Hothorn (S. 53 f.) anzunehmen, daß das Gesetz bei der befreiten Vorerbschaft mit dem Nacherbenvermerk auf den Schutz gegen unentgeltliche Verfügungen habe verzichten wollen. Eine derartige Ansicht würde allerdings die Streitfrage erledigen, aber sie widerspricht dem Wesen des Vermerks und auch den Grundgedanken der rechtlichen Behandlung des Vorerben.

[2]) In der Entscheidung 1903 ist die Frage der Beweisbarkeit nicht angeschnitten, daselbst hat das Kammergericht auf Grund der oben widerlegten Auffassung daß Erbe und Vorerbe zusammen betroffen seien, die Anwendbarkeit des § 41 Abs. 1 ausgeschlossen.

sorgfältige Prüfung am Platze. In einem Beschluß v. 26. 9. 1910 hat es eine Bescheinigung durch einen Notar als Beweis gelten lassen (es kam allerdings noch eine Besonderheit hinzu). Auch die Ansicht des Reichsgerichts hat eine Wandelung durchgemacht. Während es in seiner Entscheidung von 1905 (RG. Bd. 61 S. 228) noch annahm, daß der Beweis der Entgeltlichkeit mit grundbuchmäßigen Mitteln nicht erfolgen könne und daher stets eine Erklärung des Nacherben erforderlich sei, nimmt es 1908 (Bd. 69 S. 260) Entgeltlichkeit dann an, wenn sie offenkundig ist oder aus der Natur der Sache hervorgehe.

Bei der Besprechung der Frage stellen wir uns nun auf den oben verteidigten Standpunkt, daß der befreite Vorerbe den Nachlaßvermerk bloß eintragen lassen muß, wenn er unentgeltlich verfügt. Die Gründe dafür sollen hier nicht mehr untersucht werden. Es wird daher auch die Ansicht des Kammergerichts nicht mehr berührt werden, wonach der Vor- und Nacherbe zusammen Erbe im Sinne des § 41 Abs. 1 sind.

Zunächst kann man sich fragen, ob der Grundbuchbeamte überhaupt eine Prüfung der Entgeltlichkeit vorzunehmen braucht oder ob er ohne weiteres eintragen kann. Die Grundbuchordnung wird beherrscht vom formellen Konsensprinzip. Der Grundbuchrichter hat lediglich zu prüfen, ob eine gültige Eintragungsbewilligung (ausgenommen § 20) vorliegt und ob derjenige, welcher die Eintragungsbewilligung erteilt, der Berechtigte im Sinne des § 19 ist. „Zweifelhaft ist die Frage, ob das Grundbuchamt berechtigt oder verpflichtet ist, Mängel in der Verfügungsbefugnis des Bewilligenden zu berücksichtigen und nach ihnen zu forschen, obwohl sie nicht aus dem Grundbuch erhellen."[1] „Eine Pflicht, nach Mängeln zu forschen, ist nicht anzuerkennen."[2] Der Vorerbe weist sich durch den Erbschein als verfügungsbefugt aus, der Erbschein (bezw. das Testament) ergibt aber, daß der Vorerbe nicht verfügungsberechtigt ist, falls es sich um eine unentgeltliche Verfügung handelt. Die Untersuchung der Entgeltlichkeit ist m. E. nicht eine Forschung nach einem Mangel in der Verfügungsbefugnis, so wie der oben zitierte Satz es versteht. Die Untersuchung betrifft vielmehr die Frage, welche der beiden aus dem Erbschein ersichtlichen Möglichkeiten vorliegt, und diese Frage ist ihrerseits entscheidend für die Frage, ob die Bewilligung vom Berechtigten ausgeht.

Eine andere Frage ist, ob der Grundbuchbeamte die Entgeltlichkeit des der Verfügung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts

[1]) Achilles u. Strecker, Die GBO. S. 186.
[2]) Zit. nach Weber in DNotZ. 1906 S. 643.

prüfen muß, oder ob er die Eintragung sofort zurückweisen kann? Letztere Ansicht ist in der Judikatur vertreten worden. Der Gesetzgeber habe „die Entscheidung über die dem materiellen Rechte angehörende Frage, ob die Löschung der Hypothek tatsächlich eine solche Verletzung des Rechts des Nacherben enthält[1]) dem Grundbuchrichter nicht zugemutet. Der Grundbuchrichter solle mit einer so verantwortlichen Prüfung und Feststellung nicht befaßt werden, sondern die Entscheidung soll dem Nacherben überlassen werden".[1])

Die Ansicht findet anscheinend eine Stütze in den Motiven (Bd. 5 S. 107), welche verlangten, daß der Vorerbe die Einwilligung des Nacherben beibringen müßte, wenn es Dritten gegenüber zu beweisen gilt, daß eine Verfügung ordnungsmäßiger Verwaltung entspreche und daher dem Nacherben gegenüber Gültigkeit habe. Aber wie Weber (a. a. O.) hervorhebt, ist der auf Grund dieser Ansicht gemachte Zusatzantrag zu § 1823 nicht Gesetz geworden. Vielmehr ist diese Frage überhaupt weggefallen, da man absolute Ungültigkeit einer Verfügung gegen § 2113 Abs. 1 feststellte ohne Rücksicht auf ordnungsmäßige Verwaltung. Für die Frage der Entgeltlichkeit aber besagen die Motive (Bd. 5 S. 131) ausdrücklich: „Ob und wieweit der Vorerbe bei der Verfügung nachzuweisen hat, daß er nicht schenkungshalber verfügt, wird sich nach den Vorschriften der Grundbuchordnung bestimmen". Es ist nun eine Verkennung der Rechtsstellung des befreiten Vorerben, wenn die Judikatur behauptet, daß dem Nacherben gegenüber der Beweis der Entgeltlichkeit erbracht werden muß. Wir haben gesehen, daß die Verfügung des Vorerben absolut unwirksam wird, wenn sie ohne die erforderliche Verfügungsmacht vorgenommen ist. Die Verfügungsmacht des befreiten Vorerben beruht nicht darauf, daß der Nacherbe sie ihm gewähren muß, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen, sondern sie ist von vornherein vorhanden, und zwar auf Grund des erblasserischen Willens. Eine Berücksichtigung dieses Willens ist es auch, wenn sie ihm vom Gesetz für unentgeltliche Verfügungen genommen ist. Die Prüfung der Entgeltlichkeit bedeutet nicht ein Eindringen in rechtliche Beziehungen, die zwischen zwei Personen bestehen, sondern sie sucht nach dem objektiven Merkmal der Verfügungsbefugnis. Nicht die Frage, ob Rechte des Nacherben verletzt werden, sondern ob der Antragsteller die Legitimation hat, ist vom Grundbuchrichter zu untersuchen. Es handelt sich dabei nicht um die Prüfung verwickelter Rechtsverhältnisse und die Entscheidung schwieriger Rechtsfragen, eine solche dürfte allerdings nach den Motiven (Bd. 3 S. 177), dem Grundbuchrichter nicht zugemutet werden.

[1]) Zitiert nach Weber in DNotZ. 1906 S. 643.

Das Gesetz hat für den Grundbuchverkehr gewissermaßen eine besondere Sicherungseinrichtung getroffen, indem es in § 29 ein streng formalistisches Beweisrecht angeordnet hat. Die Eintragungsgrundlagen und die sonstigen Voraussetzungen müssen mit öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden nachgewiesen werden, soweit sie nicht offenkundig sind. Läßt sich im Urkundenbeweis die Entgeltlichkeit eines Geschäftes beweisen? Die Ansicht des Reichsgerichts läßt sich ungefähr so zusammenfassen: Selbst wenn ein notarieller Kaufvertrag oder eine notarielle Hypothekenquittung vorgelegt wird, so ist damit noch nicht bewiesen, daß die Eintragungsbewilligung wirklich entgeltlich ist. Die Beurkundung kann ja zum Schein erfolgt sein. Läßt sich, wenn man dieses Bedenken hat, überhaupt in irgendeiner Beweisform die Entgeltlichkeit einer Verfügung beweisen? Nehmen wir die Ansicht des Reichsgerichts an, daß der befreite Vorerbe nach § 2120 vom Nacherben Zustimmung zu der Verfügung erlangen könnte (wir haben an anderer Stelle die Ansicht widerlegt), so müßte der Vorerbe event. dem Nacherben im Prozesse die Entgeltlichkeit beweisen.[1]) Hier könnten z. B. Zeugen vernommen werden, welche bekunden, daß der Dritte dem Vorerben den Kaufpreis ausbezahlt habe, die Zeugen könnten sich aber nicht darüber äußern, ob die beiden nicht insgeheim vereinbart haben, das Geld nachträglich wieder zurückzuerstatten. Wäre dem Nacherben damit eher gedient? Da der Nacherbe selbst keinen Eid zuschieben kann — er ist ja nicht beweispflichtig —, käme vielleicht ein richterlicher Eid in Betracht. Aber dies wird bloß in den Fällen erfolgen, in denen die Bedenken so stark sind, daß auch dem Grundbuchamt das Recht zugebilligt werden müßte, den Antrag mangels Beweises der Legitimation abzuweisen. Wenn nun der Vorerbe in einem solchen Prozesse verurteilt würde, so hätte das für ihn event. zur Folge, daß er an die Verfügung des Vorerben gebunden wäre, selbst wenn sich nachträglich die Unentgeltlichkeit herausstellen würde. Nach Ablauf von 5 Jahren nach Rechtskraft des Urteils wäre ein Wiederaufnahmeverfahren unstatthaft, der Nacherbe würde aber in den meisten Fällen den wahren Sachverhalt erst nach Eintritt der Nacherbfolge erfahren. Wenn seine Zustimmung nicht erfolgt wäre, so hätte er noch immer die Möglichkeit, die Unwirksamkeit der Verfügung gegen den Dritten geltend zu machen, es sei denn, daß inzwischen ein neuer Erwerb auf Grund des guten Glaubens erfolgt wäre. Diese Gefahr besteht aber auch im Falle der fälschlich erteilten Zustimmung.

Wie läßt sich aber das Problem lösen?

---

[1]) vgl. Hothorn S. 155.

Weber[1]) versucht es damit, daß er den Beweisregeln, die für den Grundbuchverkehr gelten sollen, einen andern Sinn beilegt als denen der streitigen Gerichtsbarkeit. Er fragt: „Aus welcher gesetzlichen Bestimmung wird die Berechtigung geschöpft, die Vorschrift der §§ 415, 416 ZPO. auf das Grundbuchverfahren zu übertragen? Diejenigen Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Beweisverfahren, welche für die freiwillige Gerichtsbarkeit Anwendung finden, bestimme allein § 15 FGG. Die §§ 415 u. 416 ZPO. über die Beweiskraft sind aber nicht für anwendbar erklärt." Nach ihm sollen also öffentliche Urkunden im Grundbuchverkehr nicht nur den Beweis erbringen, daß die in ihnen beurkundeten Erklärungen abgegeben sind, sondern daß sie auch wahr sind und nicht zum Scheine erfolgt sind. Allein wie Landauer[2]) hervorhebt, bedürfte es zu einer solchen Annahme eines positiven Rechtssatzes.

Wird man den für den Testamentsvollstrecker vom Kammergericht und Reichsgericht verteidigten Standpunkt auch hier vertreten und damit dem Grundbuchrichter das Recht der freien Beweiswürdigung über den § 29 hinaus zusprechen? Das Kammergericht hat in einem älteren Beschluß (zitiert nach Landauer a. a. O. S. 439) ausgeführt: „Die Grundbuchbehörden haben hierbei (bei der Prüfung der Legitimation) alle die Nachweise zu berücksichtigen, welche von den Beteiligten beigebracht werden. Es ist nicht als richtig anzuerkennen, daß nur urkundliche Beweise im engeren Sinne ... in Betracht kommen können ... das richterliche Ermessen ... kann vielmehr, soweit es sich um die Würdigung tatsächlicher Momente handelt, aus der Gesamtheit derselben zuverlässige Schlüsse ziehen und diesen Folge geben". Dazu in der Entscheidung v. 8. 11. 1906: „Der Grundbuchrichter kann sich insbesondere nicht enthalten, die ihm in beglaubigter Form vorgelegten Erklärungen auf ihre inhaltliche Glaubwürdigkeit zu prüfen ... Bieten sie zu Zweifeln keinen Anlaß, so ist ihm unbenommen, den Inhalt als wahr anzunehmen, sofern ihm sonstige Bedenken nicht erkennbar sind". Das Kammergericht ist sich bewußt, daß es damit den § 29 außer Anwendung setzt, es sagt denn auch, daß dies bloß dann geschehen dürfe, wenn sonst kein Ausweg zu finden sei. Dies sei beim Vorerben aber nicht der Fall, da er die Möglichkeit habe, die Zustimmung des Nacherben beizubringen. Wenn dieses Argument auch nicht zweifelsfrei ist, so ist es doch immerhin stichhaltiger als die Begründung, welche das Reichsgericht für die verschiedenartige Behandlung des Vor-

[1]) DNotZ. 1907 S. 482.
[2]) ZBlFG. 1911/12 S. 443.

erben und des Testamentsvollstreckers gibt. Das Reichsgericht meint, daß es sich beim Testamentsvollstrecker ausschließlich um Prüfung der Legitimation handle, während es sich beim Vorerben um eine materiellrechtliche Frage handle. Daß diese materiellrechtliche Frage aber die Verfügungsbefugnis zu der in Frage stehenden Verfügung zum Inhalt hat, haben wir oben bereits gesagt. Doch soll damit die Behandlung des Testamentsvollstreckers nicht der Lösung unserer Frage zugrunde gelegt werden.

Das ganze Vorgehen des Reichsgerichts und des Kammergerichts beruht auf einem Mißtrauensmoment. Der Vorerbe erscheint in der Judikatur als Betrüger, er ist beständig im Verdacht, als wolle er den Grundbuchrichter zu einem falschen Eintrag verleiten. Aber nicht nur seine Person wird so beurteilt, auch derjenige, der sich mit einem befreiten Vorerben einläßt, wird als unehrenhaft vermutet. Dieser Dritte erscheint als Helfershelfer, um den öffentlichen Glauben des Grundbuchs auszunützen und damit den Nacherben zu schädigen. Daß man mit diesem Argwohn den Anforderungen des Verkehrs nicht gerecht wird, bedarf keines Beweises. „Es besteht ein Grundsatz, daß Bestand und Leben eines jeden Rechtsverkehrs gewisse Grundlagen haben müssen, auf die sich die Verkehrsgenossen unbedingt müssen verlassen können, und die daher im einzelnen Fall zu beseitigen kein Mißtrauen, kein Zweifel und kein Bestreiten, sondern nur die völlige Zerstörung ausreichen kann."[1]) Das dem Güterverkehr dienende Grundbuchamt vollends darf nicht mit diesem Argwohn den Antragstellern gegenübertreten, wenn es nicht aus einem den Rechtsverkehr schützenden zu einem den Rechtsverkehr hemmenden Institut werden will. Das Reichsgericht sagt, daß die für den Grundbuchverkehr zu erfordernde Sicherheit sich nicht mit derartigen Wahrscheinlichkeiten (daß eine bescheinigte Erklärung des Vorerben auch den tatsächlichen Verhältnissen entspricht) begnügen dürfe. Ich meine umgekehrt, daß dies nicht der Fall ist, ist bloß eine Wahrscheinlichkeit und diese darf den Grnndbuchrichter nicht beeinflussen.

Das bayrische Oberlandesgericht[2]) hat ausgeführt, daß das Grundbuchamt nicht bei jeder Eintragungsbewilligung eines Verfügungsberechtigten, dessen Verfügungsmacht unter gewissen Umständen ausgeschlossen sei, wegen der bloßen Möglichkeit, daß ein solcher Umstand vorliege, den Nachweis verlangen dürfe, daß dies nicht der Fall sei. Zunächst müsse es prüfen, ob ein Anlaß zu einem solchen Zweifel bestehe. Also umgekehrt hat das Grund-

[1]) Landauer im ZBlFG. 1911/12 S. 333.
[2]) Landauer im ZBlFG. Bd. 8 S. 114.

buchamt vorzugehen. Wenn die Entgeltlichkeit durch Vorlage von öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden aufgedeckt ist, so muß ihm das genügen. Es hat zu fragen, wie Landauer[1]) den Gegensatz formuliert: fällt die in der Eintragungsbewilligung liegende Parteiverfügung so, wie sie durch das von den Parteien vorgelegte Grundgeschäft bestimmt wird, in den Kreis der einem befreiten Vorerben gestatteten Geschäfte, die ein Nacherbe gegen sich gelten lassen muß, und fehlt es an einem Nachweis, daß dadurch ein Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt werden kann? Es hat sich dagegen nicht zu fragen: ist es wahr, daß er das von ihm vorgelegte Geschäft abgeschlossen hat, fällt das von ihm in Wahrheit abgeschlossene Geschäft in den Kreis der einem befreiten Vorerben gestatteten Geschäfte, die kein Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen, und ist der Beweis erbracht, daß es der Nacherbe gegen sich gelten lassen muß? Die Prüfung des Grundbuchrichters hat sich in der Regel darauf zu beschränken, ob das Grundgeschäft nach Name und Art die Merkmale der Entgeltlichkeit an sich trage. Und zwar so lange hat der Grundbuchrichter die Verfügungsbefugnis des Vorerben anzunehmen, als nicht aus den vorgelegten Urkunden ein Mangel derselben erkennbar ist.[2]) Man muß Landauer darin beistimmen, daß es richtiger ist, eine gewisse Gefährdung des Nacherben mit in den Kauf zu nehmen, als den Absichten des Gesetzes und des Erblassers zuwider die Verfügungsfreiheit des befreiten Vorerben illusorisch zu machen. Das Reichsgericht hat allerdings beständig hervorgehoben, daß der Gesetzgeber den Nacherben besonders gegen unentgeltliche Verfügungen habe schützen wollen. Deshalb die Anordnung, daß § 52 auch beim befreiten Vorerben Anwendung finden solle. Den Sinn dieses Vermerks im Falle der befreiten Vorerbschaft haben wir oben bereits erörtert. Es soll noch darauf hingewiesen werden, daß derselbe außer bei unentgeltlichen Verfügungen, bei Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung und nach Eintritt der Nacherbfolge Bedeutung hat. Es ist außerdem zu sagen, daß der Nacherbe auch dann geschädigt werden kann, wenn der Vorerbe über Grundstücksrechte entgeltlich verfügt und das Empfangene für sich verwendet, oder wenn er das Empfangene dem Dritten wieder zurückerstattet, ohne daß die Zurückerstattung vereinbart war. Denn dann würde bloß diese Zurückerstattung im Momente der Nacherbfolge unwirksam. Die Verfügung über das betreffende Grundstück oder begrenzte Recht bliebe aber wirksam.

---

[1]) a. a. O. S. 434.
[2]) Landauer a. a O. S. 447 f.

Wie steht es mit unentgeltlichen Verfügungen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Hier hat der Vorerbe zwar auch die unbedingte Verfügungsmacht, aber die Voraussetzung, von der dieselbe abhängt, läßt sich nicht mit den für das Grundbuchrecht vorgeschriebenen Beweismitteln beweisen. Er wird daher die Zustimmung des Nacherben beibringen müssen, oder er wird sich zuerst eintragen lassen müssen. Denn der Weg, daß er gleichzeitig den Eintrag des neuen Erwerbers und einen den Nacherbenvermerk entsprechenden Eintrag vornehmen läßt, wie wir es oben beim gewöhnlichen Vorerben gesehen haben, ist in diesem Falle nicht gangbar. Der Vorerbe will ja die Verfügung mit Wirkung gegen den Nacherben vornehmen und nicht unter Vorbehalt der Nacherbenrechte, was die Bewilligung eines derartigen Eintrags bedeuten würde. Wir haben allerdings in diesem Falle das Resultat, daß mit der Eintragung der Verfügung das Grundbuch unrichtig wird. Das Recht des Erwerbers aus einer derartigen Schenkung ist ein unbedingtes, das Grundbuch bekundet jedoch, daß es durch den Eintritt der Nacherbfolge erlischt. Er hat demnach gemäß § 894 einen Anspruch auf Berichtigung gegen den Nacherben, aber nicht deshalb, weil eine Verfügungsbeschränkung eingetragen ist, die nicht existiert (so ist die Anwendung des § 894 von vielen Autoren begründet worden, wenn der Nacherbenvermerk sich bei einem Recht findet, das jemand vom befreiten Vorerben entgeltlich erworben hat), sondern weil sein Recht nicht richtig eingetragen ist. Der Anspruch richtet sich gegen den Nacherben, obwohl, wie wir beständig hervorgehoben haben, dem Nacherben kein „Recht" am Grundstücke zusteht. Aber der Berichtigungsanspruch richtet sich gegen den, der im Grundbuch fälschlicherweise eingetragen ist, selbst wenn der Eintrag nicht ein „Recht" bekundet. Denn ein Berichtigungsanspruch geht z. B. auch gegen den, zu dessen Gunsten ein Widerspruch eingetragen ist.

Diese Lösung ist allerdings sehr umständlich, aber sie beruht auf dem formalistischen Beweisrecht der Grundbuchordnung. Sie wird auch praktisch nicht allzu drückend empfunden werden, da derartige Verfügungen wohl sehr selten sind und wenn sie vorkommen, so ist ja der Beschenkte bereichert und kann sich daher diese Umständlichkeit gefallen lassen.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.